

mundo de los hechos del matrimonio *in facto esse*, y al no formar parte esencial del consentimiento fundacional, ese incumplimiento de hecho no puede invalidar el matrimonio. Pero si la distinción entre la constitución del derecho y su uso fáctico deja de corresponderse con la diferencia real entre el *in fieri* y el *in facto esse*, entre el acto *jurídico* del consentimiento y el mundo fáctico de la vida matrimonial, entonces pierde todo su sentido y puede ser fuente de abusos injustificados en un doble sentido.

Un primer abuso sería deducir que la infidelidad a lo largo de la convivencia matrimonial, en especial si es frecuente y ha provocado la fractura conyugal, es señal inequívoca de que hubo simulación respecto del derecho-deber a la fidelidad ya en el mismo acto de prestación del consentimiento. Ni la frecuencia de la infidelidad, que es un mero criterio cuantitativo, ni su papel en el fracaso de los cónyuges, que explica la ruptura de su convivencia y constituye causa de separación (cfr c. 1152), son elementos de hecho que contemple el § 2 del c. 1101 entre los requisitos de la exclusión de la unidad del matrimonio, por la vía de la fidelidad, y en consecuencia no invalidan por sí mismos el matrimonio. Una argumentación semejante reduciría a la nada la distinción entre el *in fieri* y el *in facto esse* o, lo que es lo mismo, entre la infidelidad dentro del consentimiento mismo y la infidelidad como vicisitud de la vida matrimonial; entre el *ordo iuris* y el *ordo facti*, distinción que es piedra de bóveda del sistema matrimonial canónico.

Un segundo abuso, no menos injustificado que el anterior aunque en el extremo opuesto, sería aceptar que en el consentimiento fundacional —en el mismo *in fieri*— el contrayente puede independizar en dos objetos diversos la unidad del derecho-deber a la fidelidad, queriendo constituir el derecho-deber y, al mismo tiempo, haciendo una *reserva del derecho a incumplirlo*, que por ser una mera reserva de su «uso o ejercicio» dejaría incólume la existencia del derecho en el objeto del consentimiento. Mediante esta artificiosa ruptura entre el derecho y su uso en el mismo acto de contraer, se obtendría el beneficio contrario al abuso anterior. Una argumentación semejante, que permite autonomizar, en el mismo acto de contraer, el derecho-deber a la fidelidad, de un lado, y su ejercicio vital, de otro, comete un error categorial de principio: la infidelidad es un hecho siempre abusivo y nunca puede convertirse en derecho. La distinción entre el derecho y su uso sólo se puede aplicar al examinar los hechos de la vida matrimonial o *in facto esse*, porque un matrimonio válido puede, en el orden de su desenvolvimiento vital, malvivirse y defraudarse. Pero la distinción es implantable en el *in fieri* o acto de contraer, porque es insuperablemente contradictorio obligarse a la fidelidad y en la misma unidad de acto reservarse un derecho a incumplirla. La contradicción es insuperable porque la reserva del abuso, si está hecha en el acto de contraer, es siempre una reserva *de iure*.

En el matrimonio, el varón y la mujer contrayentes son también, precisamente en su dimensión conyugal, el objeto mismo del consentimiento. Y el entregarse y recibirse del sujeto personal no es descomponible y desintegra-

ble respecto de su vivir o de sus actos biográficos, como las cosas objeto de derechos patrimoniales. Los cónyuges no pueden desintegrar su ser de su obrar, en el consentimiento, sin desintegrar también a la persona que se entrega y acepta. La entrega y aceptación conyugales, al ser de sí mismos, conlleva *indole sua* la unidad del ser varón y mujer *entre sí y la propia biografía*, que son inescindibles como objeto que se dona y recibe, y cuya unidad es el consorcio de toda la vida que a título de vínculo jurídico constituye precisamente la esencia del matrimonio. Considerar que se puede independizar, en el mismo acto de contraer, en el entregarse y aceptarse a sí mismos, el derecho-deber a la fidelidad y su ejercicio hasta el extremo de poderse fundar el primero coexistiendo con otro derecho a su incumplimiento vital, conduciría a juzgar irrelevante la inicial intención falsaria en el orden de la realización vital, lo que es una inaceptable desintegración de principio de la unidad entre la persona y su biografía.

f) Presunciones jurisprudenciales y doctrinales

Parece ocioso recordar que no corresponde ni al juez, ni al autor doctrinal, ni al intérprete, incorporar a su labor una preocupación acerca de la conveniencia de facilitar o restringir las nulidades matrimoniales. No obstante, en muchas ocasiones este prejuicio está en el fondo de la interpretación y aplicación del Derecho matrimonial canónico. Este prejuicio distorsiona la comprensión de los capítulos de nulidad y es fuente de cambios copernicanos en la utilización de las presunciones en las que, a la postre, se fundamenta la certeza moral de la existencia o no de una voluntad simulatoria, ya que en sí misma, *vis a vis*, la voluntariedad no es sensible.

Así, por ejemplo, durante mucho tiempo se consideró no concluyente de la voluntad de excluir la fidelidad el propósito de seguir sosteniendo después de celebradas las nupcias unas relaciones sexuales con tercera persona que se tenían desde antes de celebrar matrimonio. Incluso se llegó a sostener que la promesa de guardar fidelidad a la misma amante, anterior y posterior a las nupcias, no era prueba suficiente de la voluntad de excluir la fidelidad respecto de la propia esposa. Recientemente, el tenor de las presunciones ha variado por completo y se presume que excluye la fidelidad quien, al casarse, tiene la intención de seguir manteniendo relaciones con su concubina o con su amante habituales. Los ejemplos podrían multiplicarse.

La cuestión no se soluciona haciendo un exhaustivo elenco de casos prácticos y de las presunciones utilizadas en concreto para cada caso singular, pues la prudencia y razonabilidad de tales presunciones muchas veces sólo tiene su pleno sentido supuestas unas particularísimas circunstancias aportadas en la prueba de ese caso concreto, de manera que no pueden ser trasladadas, a modo de criterio apodíctico y mucho menos como elementos categoriales del propio *caput nullitatis*, para casos en apariencia semejantes. En este

orden de consideraciones, es más seguro para el intérprete calificar, en primer término, sobre la base de una buena comprensión del sentido de fondo de la causa de nulidad y de la realidad en positivo del matrimonio cuya ausencia fundamenta el *caput nullitatis*, precisamente como tal; en segundo lugar, en razón de un buen dominio de la estructura técnica y elementos formales tipificados por el legislador en la definición del *caput nullitatis*; y, por fin, a la luz de un máximo conocimiento de los hechos particulares de cada caso concreto, siempre considerado en singular, mediante una instrucción lo más inmediata y completa posible.

12. La exclusión de la indisolubilidad

a) Noción

Se califica de indisolubilidad¹⁷ del matrimonio rato y consumado a la específica fortaleza del poder de unir que tiene el vínculo, en cuya virtud, salvo la muerte de uno de los cónyuges, ninguna otra fuerza, circunstancia o acontecimiento, intrínseco o extrínseco, puede debilitarlo o suprimirlo. Dicho con otras palabras, el vínculo conyugal, mientras los esposos vivan, es fuente incesante de energía unitiva y, en consecuencia, de la identidad personal y estado de vida resultantes: el ser esposo. La pérdida o cancelación de su poder de unir no es una posibilidad de la dinámica vital del vínculo válido, una limitación que se contuviera en su interior o que pudiera sufrir desde el exterior. Es propiedad del vínculo conyugal poseer la fuerza de unir a los dos esposos, en cuanto tales, durante toda la vida en una íntima identidad y copertenencia que supera la del origen consanguíneo: «Por eso dejará el hombre al padre y a la madre y se unirá a la mujer, y serán los dos una sola carne» (Gen 2, 24; cfr Mt 19, 3-12). En este sentido, la indisolubilidad aparece como la plenitud de la unidad del matrimonio en su despliegue temporal o biográfico.

La propiedad de la indisolubilidad, vista como la plenitud vitalicia de la fuerza con la que el vínculo une a los esposos, acumula tres niveles de energía vinculante: la estabilidad, la perpetuidad y, por fin, en sentido estricto, la indisolubilidad. Aunque estos niveles existen inseparables en la fortaleza unitiva del vínculo válido, es útil distinguirlos conceptualmente porque, a veces, los argumentos que fundamentan esta propiedad, en realidad esclarecen su estabilidad o su perpetuidad, más que su indisolubilidad en sentido estricto; y porque, a efectos de la intención simulatoria, también el acto positivo de exclusión tiene matices distintos según atente contra la estabilidad, la perpetuidad o la indisolubilidad misma.

b) Fundamentación

La *estabilidad* se fundamenta en los fines propios del matrimonio, en especial, la procreación y educación de los hijos, cuya realización conjunta

necesita no sólo un largo espacio de tiempo en la vida de los esposos, sino también la creación y conservación entre ellos de un ámbito convivencial y educacional no episódico sino permanente; el cual además, como primaria sociedad y estado de vida, es reconocido de algún modo en todas las culturas. A este nivel de estabilidad del vínculo se refiere el c. 1096, con la expresión «consorcio permanente», al determinar el grado de conocimiento mínimo que debe poseer el entendimiento del contrayente para que pueda existir consentimiento sobre el matrimonio.

La *perpetuidad*, por su parte, encuentra su fundamento en la complementariedad entre masculinidad y femineidad, en cuanto naturaleza humana sexual. El matrimonio es unidad en la naturaleza sexual. El consentimiento matrimonial activa la potencia de unidad que se contiene en la misma estructura de la dualidad sexual humana. La capacidad de la masculinidad y de la femineidad de complementarse entre sí, desde el momento en que alcanza el suficiente desarrollo o madurez psico-somática, no es intermitente, ni temporal, sino que abarca toda la vida, pues despliega la plenitud de sus aspectos propios y elementos diversos sólo a lo largo de todas las edades o momentos epocales de la vida del varón y de la mujer y no termina hasta la muerte. No es posible escindir la persona de su masculinidad o femineidad, esto es, de su naturaleza sexual. Ni es posible escindir la persona de su historia o despliegue vital. Ser varón y ser mujer, ser naturaleza humana sexual y complementaria, son realidades esenciales y permanentes, que no decaen, no se desvalorizan, ni desaparecen en algún momento de la historia de cada varón y cada mujer.

Por fin, la *indisolubilidad en sentido estricto*, es decir, como culminación de la estabilidad y perpetuidad del vínculo, se fundamenta en la naturaleza del matrimonio como unión entre las personas y evidencia el real e irreversible poder generador de mutua identidad y recíproca autoconstrucción personales dado a la libertad cuando asume, mediante el don y la aceptación de sí, la *una* o capacidad de unidad contenida en la complementaria dualidad sexual humana. Quiere decirse que el matrimonio no sólo es una realidad en el orden de la naturaleza humana y del fin de la procreación a ella vinculada —lo que en términos más clásicos se denominaba «el orden de la especie y de su reproducción»—, sino que además, en un nivel más profundo, contiene una específica realización interpersonal a propósito de la significación esencial de la sexualidad y de la procreación humanas. Además, esta irreversible fuerza de la co-identidad generada desde la libertad —ser esposos— es, a su vez, fundamento del carácter personal de la genealogía debida a cada nuevo ser humano, la filiación intraconyugal: que cada ser humano, como hijo, sea referible a un origen en el que hay un padre y una madre unidos como cónyuges.

Afirmar que cada ser humano es una persona no es sólo proponer una definición conceptual *genérica* aplicable a todos los seres humanos. En rigor, es afirmar que cada ser humano es una *identidad singular única* que se posee

a sí misma. La construcción y conclusión de esta identidad forma parte de su propia autodeterminación. Y esta «autorrealización» no es solitaria, sino constitucionalmente interpersonal, es decir, procesa según una secuencia de don de sí y aceptación del otro, en cuya virtud la construcción y terminación de la identidad personal es interactiva y conjunta y los más básicos elementos definitorios de la identidad de cada persona humana son co-generados. La condición de varón y de mujer es la primera estructura de comunicación interpersonal humana. La libre entrega y aceptación recíprocas de sí, en cuanto varón y mujer, origina la secuencia de co-relaciones interpersonales sobre la que se asienta la identidad básica y la genealogía personal de cada ser humano: ser este hijo, este padre o madre, este cónyuge. Decir de verdad, mediante el don-aceptación de sí, a otro: *eres mi mujer y soy tu varón, eres mi hijo y soy tu padre o madre*, es real y eficazmente cogenerar la identidad personal desde un acto de libre asunción de la propia naturaleza. Pero esta específica intervención, mediante el libre don-aceptación, en la intimidad de la biografía de un ser humano *co-genera identidad personal única, singularísima, irrepetible e irreversible*. Cogenerar identidad personal es indeleble e irreversible, porque la identidad es el patrimonio propio de la persona, es su «suyo» básico, es la referibilidad de su yo (el *quién* que es) a otros seres personales en cuanto en verdad se le han dado y en cuanto le han aceptado como realmente «suyos»: *mi varón o mi mujer, mi padre o mi madre, mi hijo*. Estas identidades se *son*, no se tienen. Siendo la identidad cogenerada, por la verdad del don amoroso de la persona que se entrega a sí misma, el «suyo propio» del ser personal de quien lo recibe, tal identidad es definitiva, indeleble e irreversible: ser esposo es quien ha recibido, como suyo, la femineidad o don de esta mujer concreta, y viceversa; ser hijo es quien ha recibido, como don, su origen de un padre que, como engendrador de su vida, le pertenece.

La indisolubilidad del matrimonio, por consiguiente, se fundamenta en el poder de co-generar identidad personal que contiene la sexualidad humana, cuando es asumida y consumada desde la autodeterminación libre. Pero la identidad de «ser esposo o esposa» que la persona recibe del don del otro, la recibe como persona, esto es, como propiedad *suya* y, en este sentido, es identidad que le define definitiva e irreversiblemente. En realidad, se denomina «indisolubilidad» del matrimonio, en sentido estricto, a la cualidad de poder co-generar identidad personal indeleble e irreversible entre los esposos y entre éstos y sus hijos, poder que contiene el vínculo conyugal, una vez consumado el libre don y la aceptación recíprocas de la condición de varón y de mujer (con su potencial paternidad y maternidad). La indisolubilidad del matrimonio, por tanto, articula la plenitud vital de la conyugalidad con la transmisión de la vida en forma personalizada, establece la libertad en el origen de la consanguinidad; y, por fin, la nueva conyugalidad de los hijos permite a éstos, mediante un nuevo acto de libertad, trascender la identidad del origen de sangre inaugurando su propia y más profunda co-identidad conyugal.

La indisolubilidad natural al matrimonio cobra especial firmeza en el matrimonio sacramental. En efecto, por el bautismo los cónyuges cristianos son Cristoconformados en la filiación divina, que es poseer identidad de Dios en Dios Padre. Cuando contraen matrimonio como hijos de Dios en Cristo, los esposos reciben, en su ser o identidad de cónyuges, el don irreversible de Cristo-Esposo y la participación, como padres, en la genealogía (pro-creación y educación) de los hijos de Dios. Esta específica Cristoconformación matrimonial y la acción de Cristo-Esposo en el interior de la unión conyugal potencia la indisolubilidad natural —que es co-identidad conyugal natural— hasta significar la indefectible e irreversible unión esponsal de Cristo con su Iglesia en la carne y en el espíritu, que es co-identidad sobrenatural con Cristo-Esposo. Por eso, como señala el c. 226, el matrimonio sacramental participa como vía específica en la edificación de la Iglesia, porque ha sido incorporado como tal a la economía de la redención. Su indisolubilidad es signo del indefectible amor de Esposo de Cristo y de la eficacia indeclinable del poder redentor de Cristo-Esposo que, bajo cualquier circunstancia favorable o ardua de la vida matrimonial, reconoce la co-identidad del esposo cristiano con respecto a Él, a saber, «Su cónyuge».

c) Modalidades de exclusión de la indisolubilidad

La forma más primaria de excluir la indisolubilidad es rechazando la *estabilidad* del vínculo. Por su estabilidad, el vínculo conyugal se diferencia, ya de raíz, de todos aquellos otros contactos o relaciones entre el varón y la mujer que son en sí mismos pasajeros, transitorios, episódicos o provisionales, y bajo esa expresa fugacidad se inician, viven y terminan, sin capacidad de generar aquel estado común de vida o cobiografía compartida que, al menos, la ordenación a la prole demanda. Cuando, bajo el signo nupcial, uno o ambos contrayentes lo que quieren en verdad es una relación en sí misma transitoria y episódica, sin voluntad de fundar un consorcio que permanezca entre ellos, el matrimonio es nulo por exclusión de aquel componente de la indisolubilidad que es la estabilidad del vínculo.

Atenta directamente a esta estabilidad el llamado «matrimonio a prueba». En realidad es un simulacro de matrimonio, porque la prueba real del matrimonio es el noviazgo, que por ello es en sí mismo un período interino o transitorio. El «matrimonio a prueba» se caracteriza por asentarse sobre una voluntad cuyo objeto es iniciar, bajo el amparo del signo nupcial, un experimento sobre ciertos aspectos de la vida matrimonial con reserva del derecho a aprobar o reprobar el resultado, suponiéndose en el presente una futura voluntad de reconvertir tal convivencia experimental en matrimonio, en caso de valoración positiva, o terminándola en caso de valoración negativa. El análisis de este tipo de voluntad pone de relieve que, en todo caso, el vínculo

conyugal indisoluble se pospone, más que al futuro desconocido de un evento incierto (consentimiento condicional), a una decisión aprobativa o reprobadora que permanece desde el principio siempre en manos del propio contrayente; de manera que el objeto intencional no es tanto el matrimonio, que se aceptará o no en el futuro, cuanto un simulacro o simulación experimental de algunos aspectos de la vida marital cuya duración, por ser un experimento o prueba, es *por principio transitoria*. Dado que el propósito matrimonial de futuro no es el consentimiento de presente, aun en el caso de valorarse satisfactoriamente la prueba; y dado que la reserva del derecho a reprobar la experiencia conlleva la voluntad de establecer una relación que por sí misma es interina y transitoria, es evidente que el llamado «matrimonio a prueba» es nulo por exclusión de aquel primer nivel de la indisolubilidad entre los cónyuges verdaderos que es la estabilidad o permanencia de su consorcio.

La segunda vía de exclusión de la indisolubilidad proviene del rechazo de la *perpetuidad* del vínculo. En efecto, existiendo voluntad de fundar un consorcio estable, no obstante el contrayente puede querer positivamente un consorcio conyugal no perpetuo, sino temporal. Dentro de esta vía de exclusión se acogen muchos supuestos de hecho, los cuales a su vez pueden contener muy variadas causas motivadas de la exclusión, incluidos el error y el miedo. Su denominador común es contraer un vínculo cuya fuerza de unir es, en sí misma, temporal, no perpetua, *ad tempus*: por ejemplo, «mientras dure el sentimiento amoroso o la atracción sexual», «hasta que consiga tener hijos o hasta que los hijos sean mayores de edad», «mientras sea feliz», etc., en suma, mientras el contrayente obtiene un fin subjetivo y no más allá. Durante este período, el consorcio se concibe y se quiere estable; por lo tanto, no hay rechazo del estado de vida de casado que el matrimonio confiere, mientras permanece. Pero el matrimonio se quiere como un estado e identidad en sí mismos temporales, cuya duración depende constitutivamente de la obtención de ciertos fines subjetivos, más allá de cuya desaparición tampoco perdura el vínculo. En el fondo del consentimiento temporal se esconde una radical «condicionalidad» del don de sí y de la aceptación del otro, frontalmente reñida con el valor perpetuo del cónyuge, en cuanto varón o mujer, y una utilización epocal —mientras conviene— de algunos aspectos del otro y de la convivencia con él.

En este sentido, no sólo hay exclusión cuando ya se prevé, al contraerlo, el período temporal durante el cual se acepta la existencia del vínculo conyugal, sino que también hay exclusión de la perpetuidad cuando lo que se quiere fundar es un vínculo de «duración indefinida» en el que un cierto tipo de «consentimiento continuado» es el que «mantendría existente al vínculo»: en este caso, como es evidente, el contrayente sustituye la objetiva perpetuidad del vínculo *jurídico*, que no quiere y no funda, por la perseverancia *de facto* de su consentimiento, que es lo único que presta bajo la apariencia del signo nupcial. El resultado es que la perpetuidad del vínculo es suplida por la temporalidad indefinida de un consentimiento «continuado pero reversible» y,

dado que éste no es la causa eficiente del vínculo conyugal verdadero, el matrimonio así contraído es inválido.

Por fin, la *indisolubilidad puede ser excluida directamente o en sentido estricto*. En este caso, el contrayente no tiene una voluntad contraria a la estabilidad y, en efecto, funda un consorcio para que permanezca; tampoco pretende una temporalidad de la unión ni definida ni indefinida, pues espera y quiere una unión para toda la vida; pero se reserva un *poder jurídico radical*, que ejercerá por sí (divorcio por mutuo disenso o provocando ciertos años de separación de hecho en tanto constituyen en la legislación civil causa de divorcio) o recurriendo al poder de una autoridad competente (divorcio causal judicial): a saber, el poder de disolver el vínculo jurídico válido. Se trata de la presencia constitutiva, en el consentimiento matrimonial, del que se ha llamado *ius divortianti* o reserva de un derecho a disolver el matrimonio, precisamente por válido o existente, sobre la base del reconocimiento de un poder extrínseco al vínculo matrimonial capaz de cancelar jurídica y eficazmente su fuerza de unir.

La motivación en el ejercicio del *ius divortianti* puede ser múltiple y variada, incluso coincidente con la que puede causar la exclusión de la perpetuidad: por ejemplo, la desaparición del amor, la convivencia desafortunada, el deseo de casarse con otra persona, etc. La diferencia reside en el matiz siguiente: la voluntad que excluye la perpetuidad quiere desde el inicio un matrimonio temporal, esto es, que contiene en sí mismo su propia caducidad, de suerte que el separarse de su cónyuge será porque ha cesado ya de unir aquel vínculo que nació temporal. En cambio, en rigor, la voluntad que excluye la indisolubilidad en sentido estricto, lo que contiene es la reserva de un poder o derecho a disolver un vínculo que es válido y existente, cuya cancelación requiere, por eso mismo, de la intervención de un poder jurídico cuya fuerza de disolver prevalezca jurídica y socialmente sobre la fuerza de unir del vínculo matrimonial válido.

Este implícito o explícito reconocimiento de un poder capaz de disolver lo válido, que está en el fondo de la reserva de un *ius divortianti*, es la razón de que la jurisprudencia tuviera la tendencia a presumir que entre católicos, precisamente educados en la indisolubilidad extrínseca del matrimonio rato y consumado, la intención ya inicial de acudir al divorcio civil, expresa o incluso hipotética, constituía fuerte presunción de que el contrayente, por más informado y consciente, había tenido que hacer un acto positivo de voluntad contrario a la indisolubilidad al prever su recurso al divorcio civil. En cambio, este imprescindible acto positivo parecía psicológicamente menos necesario —y por ello presumiblemente inexistente— para los no católicos educados en un marco legal y social habitualmente divorcista. En la interpretación doctrinal y jurisprudencial actuales no se siguen de manera tan esteotipada aquellas presunciones, considerándose la condición de católico o acatólico como una circunstancia de hecho cuya fuerza probatoria no es unidireccional; debiendo calificarse su significado particular dentro de la singularidad de cada caso concreto.

También atenta a la indisolubilidad la voluntad inicial de no consumir el matrimonio para así poder obtener su disolución. Este tipo de consentimiento, además de su nulidad por reservarse unilateralmente el derecho-deber a los actos conyugales, excluye la indisolubilidad porque, como muy bien ha señalado la jurisprudencia rotal, en la intención del contrayente el pronunciamiento de la autoridad pública no tiene otro sentido que el de obtener su propósito inicial de disolver el vínculo a su voluntad. Este supuesto debe distinguirse de aquel acuerdo de los cónyuges —legítimo y no invalidante— de no ejercer el derecho-deber a los actos conyugales, incluida la consumación, cuando se trata de una intención de contraer indisolublemente y darse radicalmente el derecho-deber a los actos conyugales; en este caso, el acuerdo versa simplemente acerca del no uso del derecho-deber por justa causa, pero aceptando su existencia, hasta el punto de que, sin tener que invocar otro título que la condición de cónyuge, cualquiera de los esposos puede exigir su ejercicio en cualquier momento. Tampoco atenta a la indisolubilidad, como es obvio, el propósito inicial de pedir la mera separación conyugal con justa causa. En cambio, si el derecho a separarse, como intención inicial, se quiere como un derecho a ejercerlo en cualquier momento sin necesidad de otra causa o fundamento justificativo que el propio y libre arbitrio, el supuesto debe resolverse en el contexto de la posible exclusión del derecho-deber a la íntima comunidad de vida.

d) *Impropiedad de aplicar a la indisolubilidad la distinción entre el derecho y su uso*

Siendo la indisolubilidad la específica fuerza de unir —durante toda la vida de los cónyuges— que le es propia al vínculo matrimonial, es obvio que no pueden separarse dentro de esta propiedad un derecho y un uso contrapuestos, como puede ocurrir entre el deber de fidelidad y el comportamiento adúltero de hecho, o entre el fin de la procreación y el uso fáctico de la contracepción. La indisolubilidad no es un uso, entre otros posibles, del vínculo: el vínculo une vitalmente o no existe, vincula siempre o no existe.

Es doctrina admitida unánimemente esta impropiedad de aplicar a la indisolubilidad la distinción entre el derecho y su uso. Su tradición se remonta a Sto. Tomás de Aquino, el cual la argumentó indicando que «puesto que los cónyuges se entregan el mutuo derecho sobre el cuerpo con carácter perpetuo, se requiere que no puedan separarse [divorcio vincular] y, por tanto, que el matrimonio no puede existir sin la indisolubilidad, mientras que puede darse [en la vida de hecho del matrimonio] sin la prole o sin la fidelidad, porque la esencia de una cosa [en el caso de la ordenación a la prole o del deber de fidelidad necesarios en el *in fieri*] no depende de su uso [a lo largo del *in facto esse*]» (S. Th., *Suppl.*, q. 49, a. 3).

13. *La prueba del acto positivo excluyente: criterios generales*

a) *La posibilidad de ser probado sin duda de hecho o de derecho, como elemento de la categoría conceptual de acto positivo de exclusión*

Hemos definido el acto de simular como acto voluntario, objetivamente falsario de la verdad del matrimonio, y suplantador del consentimiento válido. Pero el acto simulatorio, para ser reconocido como tal, debe ser susceptible de prueba jurídica. Este aspecto no es accidental: si no conlleva posibilidad alguna de prueba, no existe en Derecho como acto excluyente. La causa de su inexistencia jurídica es sencilla. Ante el Derecho sí existe siempre otro acto jurídico, el de la manifestación en forma debida del consentimiento, al que alude el c. 1101 § 1. Si no es posible conocer la existencia del acto simulatorio, que eventualmente lo excluiría, es obvio que permanecerá el único que en Derecho existe, a saber, el consentimiento manifestado en el signo nupcial, que goza, en primer lugar, de la presunción de congruencia con la voluntad interna, establecida en el § 1 del c. 1101 y, en segundo lugar, del principio general del Derecho del c. 1060, en cuya virtud en los casos de duda de hecho o de derecho se debe estar en favor de la validez del signo nupcial celebrado.

Dada la conjunción de fuerzas entre las presunciones del c. 1101 § 1 y del c. 1060, puede afirmarse con rigor que el efecto excluyente del acto positivo de voluntad simulatoria está vinculado a su naturaleza de acto susceptible de prueba en Derecho, formando parte esta condición probatoria de su categoría conceptual. En tal caso, el único acto jurídico que existe, como acto plenamente eficaz en Derecho, es el consentimiento matrimonial expresado externamente en el signo nupcial. En congruencia, corresponde la carga de la prueba, con fuerza de crear certeza fuera de duda de hecho y de derecho, a quien afirma la existencia de una simulación en aquel signo nupcial.

b) *La prueba de las «causae simulandi» o motivos de la exclusión*

Las circunstancias explicativas, motivadoras y causales del acto de voluntad excluyente pueden ser muchas y muy diversas según los casos (*vide supra*: n. 3, c). Constituyen el orden de las llamadas, en su acepción más genérica, *causae simulandi*. Unas motivan el interés por la apariencia nupcial (*causa celebrandi* o también, con mayor equivocidad, *causa contrahendi*) y otras, o incluso también las anteriores, explican la ausencia voluntaria de intención de vincularse jurídicamente (la *causa simulandi* en sentido estricto o, más exactamente, la *causa excludendi*). Basta con no olvidar que el mismo *caput nullitatis*, en cuanto capítulo de nulidad genérico, admite una diversidad innumerable, por subjetivas, de *causae simulandi*.

Desde el punto de vista práctico, siempre que no se fueren las motivaciones reales para reconstruirlas según un modelo apriorístico, resulta ordenado y esclarecedor probar, de un lado, lo que explica el interés por celebrar las nupcias consiguiendo la apariencia de eficacia; y, de otro, lo que explica que el sujeto tenga una voluntad interna excluyente del matrimonio en sí mismo. De todas formas, debemos recordar que la motivación no es exactamente lo mismo que el acto positivo de voluntad simulatoria. Por lo tanto, probar las causas de la simulación (*celebrandi et excludendi*) es probar en realidad la existencia de motivación en el sujeto, no la exclusión en sí. El que, además de esta motivación y por causa de su impulso, haya habido acto positivo de voluntad de excluir es, en rigor, una presunción, porque, como también ocurre con el consentimiento válido, la voluntariedad de un acto es, en sí misma, una realidad espiritual que no admite una prueba sensible directa o *vis a vis*. Se trata, pues, de que la presunción en favor del acto excluyente tenga suficiente fuerza para generar un estado de certeza moral acerca de su existencia que prevalezca sobre la conjunción de presunciones en favor del signo nupcial de los cc. 1101 § 1 y 1060.

La presunción cobra esa fuerza suficiente cuando, en vez de ser arbitraria y casual, está *fundamentada en la prueba de motivaciones sólidas y serias*, que reflejan un *continuo biográfico* en el simulador, *antecedente* o, cuando menos, *coetáneo* al mismo momento de contraer, y son *proporcionadas* para causar la voluntad excluyente. Según precedentes jurisprudenciales, se ha estimado que gozaban de estas notas, por ejemplo, casos en los que se probó la intención exclusiva de obtener trato carnal de aquella mujer que sólo se prestaba a esta intimidad dentro del matrimonio; el estar enamorado de otra persona; la legitimación de la prole; la defensa del honor y fama; el deseo de riquezas o posición social; la aversión al otro contrayente; la obtención del estatuto matrimonial como simple coartada legal... No obstante, obsérvese que en todos estos supuestos de *causae simulandi*, ninguna impedía absolutamente que el contrayente, pese a ellas o incluso por causa de ellas, hubiera decidido contraer verdaderamente.

c) *El examen de la compatibilidad o contradicción entre los fines subjetivos del contrayente y los fines objetivos del matrimonio*

Para este objetivo de calificar y de probar la existencia de la voluntad excluyente, resulta muy útil examinar en el caso singular la correlación entre los fines subjetivos (*finis operantis*) que ha perseguido el presunto simulador y los propios fines institucionales del matrimonio (*finis operis*). Como es obvio, el matrimonio válido admite que el contrayente pretenda, junto a los fines institucionales, sus propios fines particulares al casarse. Esta situación es tan frecuente que, en este sentido, se puede querer el matrimonio por causa de

un fin ajeno a los institucionales, sin que por eso mismo se haya excluido el matrimonio en sí. Ahora bien, cuando los fines particulares del contrayente son, en sí mismos, incompatibles y contradictorios con los fines de la institución, y resultan probados en el *continuo biográfico*, se puede presumir la voluntad simulatoria: por ejemplo, cuando lo que se pretende del matrimonio es su apariencia como coartada para las prácticas homosexuales o cuando el sujeto persigue del matrimonio la base legal para conseguir una pensión económica mediante un divorcio civil ya previsto. Cabe también estimar la presunción de simulación cuando estos fines subjetivos, aunque compatibles en principio con los institucionales, son queridos en el caso concreto por el contrayente en forma única y exclusiva, pues esta exclusividad, por pura lógica, es excluyente de cualquier otro fin y, por tanto, también de los fines institucionales: por ejemplo, cuando el afán de riqueza es, en *exclusiva*, el único fin que pretende un contrayente, pues en ese caso queda excluido el matrimonio mismo. Si se emplea, en la calificación del caso, esta óptica de comparación entre los fines subjetivos e institucionales, la prueba deberá centrarse en la *incompatibilidad* entre los fines o en la *exclusividad* de los fines particulares.

d) *Objetivos de la prueba del acto positivo excluyente*

Como se argumentó más arriba, al tratar de la estructura de la *intento simulandi*, la prueba de la simulación total debe dirigirse a adquirir certeza moral de la *voluntariedad* del acto, del *falseamiento objetivo* de la instauración del principio de vinculación jurídica que se aparenta mediante las palabras o signos equivalentes expresados en la ceremonia nupcial, y de la *naturalaleza suplantadora* respecto de este principio de vinculación jurídica que tiene la intención real del contrayente. Como vimos, si hay suplantación, por la misma lógica del principio de contradicción, se produce necesariamente la exclusión.

e) *Formas de la voluntariedad y simples apariencias. La llamada «voluntad hipotética»*

Ante todo, el acto excluyente debe probar su índole de acto de la voluntad. En sí mismos no tienen esta naturaleza las ideas, opiniones, creencias y elementos conceptuales del discurso intelectual, que son actos y estados del entendimiento. Tampoco los estados de ánimo, los deseos, afectos, sentimientos, emociones y prejuicios o predisposiciones que, en línea de máxima, intervienen como impulsos favorables o desfavorables, pero no son el acto de autodeterminación del sujeto que genera o asume la acción, en cuanto «suya». Aun siendo más difícil en el terreno vital que en el conceptual, no deben

confundirse con el acto positivo de la voluntad los movimientos con los que la voluntad del sujeto va deliberando y sopesando sus ventajas, antes de la autodeterminación, como ocurre con los propósitos, pues éstos, como todos sabemos, aun concibiéndolos no por eso necesariamente los cumplimos convirtiéndolos en actos voluntarios.

El acto voluntario (para su explicación *vide* comentarios a los cc. 1095 y 1096) ha de ser actual o, al menos, virtual no revocado. No es necesario que sea explícito, con tal de que, siendo implícito en otros actos y manifestaciones del sujeto, sea susceptible de prueba. No es voluntad actual o virtual no revocada la mal denominada «voluntad interpretativa», la cual responde a la decisión que el sujeto tomaría, una vez contraído ya el matrimonio, si pudiera retrotraer el momento actual a aquél del pasado en que realmente contrajo.

De la misma forma que, en el consentimiento válido, la voluntad del sujeto asume en acto todo su futuro y lo compromete en matrimonio, también cabe, en el acto simulatorio, que el sujeto contraiga reservándose ahora en acto un aspecto esencial del matrimonio cuya exclusión ejercerá según ciertas circunstancias desconocidas por futuras: «me divorciaré si dejo de amarte». En este contexto, se ha estimado la voluntad «hipotética» como una forma de voluntariedad del acto excluyente. Sea cual sea el nombre que se le atribuya, en todo caso deberá evitarse la confusión entre la llamada voluntad «hipotética» y aquellos estados de duda, de perplejidad o de consideración de la posibilidad de diversas alternativas que suscita el desconocimiento de la fortuna que deparará la vida matrimonial futura. Las diversas consideraciones que provoca el desconocimiento del futuro y los temores correspondientes no son en sí mismos actos de voluntad; a lo sumo, pueden ser sólo impulsos o motivos de la decisión voluntaria y, en general, no la generan, por la misma indeterminación e inseguridad en dotarla de objeto definido. En realidad, bajo la expresión «voluntad hipotética», lo que quiere decirse es que cabe querer ahora para el mañana, pero supeditando el cumplimiento de aquellos hechos voluntaria —que realmente se adopta— a la producción de aquellos hechos del futuro de los que hoy se desconoce con seguridad si van a acontecer: «no sé si me divorciaré algún día, lo que ahora no 'deseo', pero en todo caso ya ahora, al casarme, 'tomo la decisión' de contraer con derecho a divorciarme si la convivencia es infeliz, para el caso de que mi consorte no tenga hijos o enferme psíquicamente como le ocurrió a su madre», etc. En suma: si el matrimonio se quiere hacer *nacer* disoluble, aunque la ejecución de su disolubilidad se posponga a un futuro hoy «hipotético», el acto es positivamente excluyente de esta propiedad del vínculo.

f) Formas de la *suplantación*

La *suplantación* y su efecto excluyente, que es característica específica de la *intento simulandi*, ha sido descrita por la doctrina y la jurisprudencia con

diversas formas, de sabor psico-fenomenológico, que pueden agruparse en cuatro principales modalidades.

La primera consiste en la *ausencia voluntaria de «intento contrahendi»*: uno o ambos contrayentes saben que no han tenido nunca, ni actual ni virtualmente, la voluntad interna de unirse en matrimonio; lo único y excluyente que quieren es el signo nupcial externo. Nótese bien, la voluntad del contrayente positivamente actúa, pero su único y exclusivo objeto intencional es la mera ceremonia nupcial. La ausencia de verdadera voluntad interna de conyugarse es voluntaria. La voluntad meramente formal, única existente, no causa el vínculo, pero al ser la única existente implica no sólo la ausencia de la verdadera voluntad de conyugarse, sino la voluntariedad de esta ausencia. Por tanto, la voluntad exclusiva de signo nupcial tiene naturaleza de acto positivo de voluntad, es falseadora del signo y suplanta la verdadera intención de conyugarse. Por consiguiente, *la suplantación voluntaria de la intención de contraer, sin necesidad de una presencia positiva de la intención de no contraer, provoca necesariamente de por sí el efecto excluyente del vínculo.*

La segunda es la positiva presencia de una *intento contrahendi non matrimonialis*. No es raro hoy que acudan a celebrar la ceremonia nupcial contrayentes que, por diversas causas educacionales, entre ellas la secularización de muchas sociedades, tengan una concepción equivocada de la unión conyugal incompatible con partes esenciales del matrimonio según fue inscrito en la naturaleza por el Creador «al principio»; sin que tal concepción sea susceptible de sistematizarse dentro de la ignorancia, ni tampoco del error substancial, ni del determinante de los cc. 1096 y 1099. Conocen de algún modo la concepción canónica, aunque subjetivamente, al celebrar el signo nupcial ante la Iglesia, se limitan a consentir sobre la propia, que objetivamente es incompatible en todo o en parte esencial. En realidad, hay un acto positivo de voluntad, expreso y directo, sobre la propia concepción, y una ausencia subjetiva de voluntad expresa y directa contra aquellas partes de la concepción canónica que, objetivamente, son incompatibles con la propia. En estos casos, *la exclusión se produce indirectamente, aunque de modo necesario y positivo*, porque el único acto positivo de voluntad existente no es objetivamente matrimonial en todo o en partes esenciales, y siendo el único puesto sustituye por completo al que sería verdadero, que está ausente.

La tercera es la *positiva presencia de una «intento non contrahendi»*. Uno o ambos contrayentes, mediante el obrar de su voluntad, en forma actual o virtual no revocada, tienen como objeto intencional el rechazo inmediato y directo del otro contrayente, del vínculo matrimonial, de sus propiedades, fines o derechos-deberes esenciales. En vez de una ausencia querida de la voluntad de contraer, suplantada por la mera voluntad de signo, que sería el objeto intencional inmediato; o en vez de la sola presencia de una voluntad matrimonial objetivamente falsa, ahora, en cambio, hay una presencia de la exclusión expresa y directa contra elementos esenciales del matrimonio como objeto intencional inmediato de la voluntad del contrayente. En este modo,

el objeto inmediato y preponderante del acto positivo de voluntad es *no contraer* (*intentio non contrahendi*), siendo la aceptación del signo nupcial un mero recurso necesario para satisfacer la motivación o conseguir el fin subjetivo perseguido.

La cuarta es la positiva presencia de la *intentio non se obligandi*. El objeto intencional de uno o ambos contrayentes ya no es sólo y exclusivamente la mera ceremonia exterior, ni el expreso e inmediato rechazo del contrayente o de la estructura esencial del matrimonio en todo o en parte. Aún más, el contrayente puede estar convencido, con plena sinceridad, de querer algo más que la mera ceremonia formal y de no estar contra el matrimonio o el otro cónyuge, rechazándolos positiva e inmediatamente en su interior. Sencillamente, en esta tercera modalidad, el contrayente rechaza quedar obligado por un vínculo conyugal o por la naturaleza jurídica de los deberes esenciales del matrimonio. El sujeto lo que no quiere es la índole y efecto obligacional o vinculante en derecho del matrimonio y de los deberes conyugales que contrae.

Fuera de estas modalidades de la suplantación y de su efecto excluyente, la doctrina y la jurisprudencia entienden que no hay simulación, sino a lo sumo una intención de abusar de hecho a lo largo de la vida matrimonial de las obligaciones conyugales, en todo caso contraídas. A esta actitud, que no tiene efecto invalidante del matrimonio, se la ha sintetizado tradicionalmente con la expresión *intentio non adimplendi*, la cual presupone utilizar la distinción entre el derecho y su uso, entendiéndose que el derecho se entrega y recibe sin mengua alguna al contraer y que su abuso es una mera cuestión de hecho desafortunado que se origina ya dentro del desarrollo de la vida matrimonial. No obstante, como se ha expuesto más arriba, el empleo de esta distinción no está justificado dentro del mismo acto de contraer, y si en el mismo consentimiento el sujeto se reserva un derecho al abuso —lo cual es distinto del mero temor (o previsión) de posibles incumplimientos—, contrae inválidamente.

g) La técnica probatoria de la exclusión de los derechos-deberes conyugales esenciales

Muy probablemente, en vez de la antigua distinción entre el *ius* y el *usus iuris*, sea más precisa la técnica de probar la existencia o exclusión de las propiedades que, por esenciales, son comunes a todos los derechos-deberes del matrimonio. Todos estos derechos y deberes son mutuos, permanentes, contrarios, exclusivos e irrenunciables.

Son *mutuos* porque ambos cónyuges poseen los mismos derechos y a cada derecho de un esposo le corresponde el correlativo deber del otro consorte y a cada deber su correspondiente derecho. Son *permanentes* porque radican en el vínculo, que es perpetuo, por lo que no cabe constituirlos válidamente en

forma temporal. Son *continuos* porque dimanan de un vínculo cuya fuerza de unir no tiene solución de continuidad y, por ello, si se fundaran en forma intermitente, el matrimonio devendría nulo, dado que su vínculo no une en modo discontinuo o intermitente en la vida. Son *exclusivos* porque sólo pueden existir, como el vínculo, entre los propios esposos. Y son *irrenunciables* porque, constituidos entre los esposos, su existencia no depende de la revocación de la voluntad fundante, pues al ser exigencias de justicia —derecho y deber— que dimanan del vínculo, poseen, por causa de éste, una indisolubilidad intrínseca y extrínseca, ajena a la voluntad de los contrayentes y a la de cualquier potestad.

La prueba sobre la presencia o la exclusión voluntaria de alguna de las características esenciales y, sobre todo, la valoración de la existencia o rechazo mayoritaria o total de estas notas, permite precisar mucho más seguramente si la intención del sujeto simulador afectaba, según la anterior terminología, al *ius radicale* o al *ius expeditum*. Por otra parte, permite un uso, en el campo de la calificación y en el de la prueba de la simulación, más congruente con el papel que el legislador ha atribuido a los derechos-deberes conyugales esenciales en el c. 1095 y en el propio c. 1101 a través de la expresión «matrimonii essentialis alicquod elementum», que como vimos los incluye. Ello significa que son modalidades de exclusión del derecho mismo (*ipsium ius, ius radicale*) el voluntario rechazo de alguna de las notas o propiedades constitutivas de los derechos-deberes conyugales que dimanan del mismo vínculo.

En efecto, hay exclusión cuando se rechaza su carácter mutuo o recíproco: por ejemplo, si un contrayente quiere tener el derecho a exigir los actos conyugales al otro cónyuge, pero sin obligarse él mismo a este deber en favor del otro esposo. Otra forma de exclusión deriva del rechazo de su carácter perpetuo y continuo. Se excluye su perpetuidad cuando el derecho-deber se atribuye sólo por un período temporal, pues siendo el vínculo conyugal permanente, no cabe que los derechos y deberes conyugales, que éste sustenta y origina, no sean igualmente permanentes. Se excluye su continuidad cuando el contrayente pretende que el derecho-deber exista y desaparezca en el tiempo según le convenga, convirtiendo la discontinuidad de su existencia en la característica esencial o definitiva de este derecho-deber. Esta discontinuidad constitutiva es un fraude a la continuidad con la que la vida matrimonial se ordena en justicia a sus fines y, por esto, constituye una forma de exclusión.

Desde el punto de vista práctico, a veces se hace difícil determinar si una negativa a los actos conyugales durante un período temporal obedece a la bien conocida capacidad humana de incumplir los compromisos que se han adquirido verdaderamente, o es la manifestación de que el contrayente, de forma consciente y voluntaria, se reserva a su antojo unilateral el poder sobre el débito conyugal. En este sentido hay que observar que los diversos métodos contraceptivos o los diferentes desórdenes de los actos sexuales no contienen, en cuanto hechos, la clave indubitable para diferenciar entre la exclusión del mismo derecho o el abuso en su correcto ejercicio. La clave siempre es

intencional. Se trata, pues, de identificar cuándo la intención excluyó el mismo derecho o cuándo, pese a la gravedad de los abusos e incumplimientos, estamos en presencia precisamente de una conducta que contradice una obligación que, sin embargo, se tuvo la intención de asumir como tal al contraer matrimonio.

Podrá razonablemente estimarse que hay verdadera exclusión, cuando del examen de los hechos y circunstancias antecedentes, concomitantes y subsiguientes, se desprende que, en el momento de contraer, la voluntad predominante de un contrayente, sobre los actos conyugales de por sí aptos para la generación, es la de *reservárselos como un poder propio y particular, como una facultad que a él sólo y en exclusiva pertenece* —que, por eso mismo, la ejercerá sólo cuando el sujeto libremente lo disponga—. En general, el síntoma de la exclusión del derecho mismo (*exclusio iuris*) en las discontinuidades temporales del acto conyugal o de su orientación a la prole se manifiesta en la convicción de que el acceso sexual íntimo o la paternidad y la maternidad son «cosa sólo suya», que el otro cónyuge no puede exigir, ni siquiera por ser cónyuge, cuando esa voluntad que «concede o deniega el uso del matrimonio» es un poder que nunca se ha cedido y que, por el contrario, siempre se ha querido tener o preservar como «poder o facultad propias». Es de experiencia añadir que en los casos en los que el cónyuge, antes que acceder a la cúpula de por sí apta para la finalidad de la generación, prefiere voluntariamente promover, consentir o tolerar la incontinencia, la infidelidad conyugal, las prácticas sexuales gravemente desordenadas, aceptando el riesgo objetivo de ruptura de la convivencia, hay certeza moral de que se ha excluido el derecho mismo a los actos conyugales, como bien en común de los esposos. La base de esta certeza moral está precisamente en la inescindible conjunción entre el bien de los cónyuges y la procreación y educación de la prole.

h) Los medios de prueba

Todos los medios de prueba moralmente lícitos pueden ser empleados y no sólo los recogidos en el Lib. VII de manera expresa, en concreto la prueba confesoria, testifical, documental y pericial. Doctrina y jurisprudencia estiman de especial valor probatorio los siguientes: la confesión del simulador; la congruencia simulatoria del continuo biográfico formado entre las circunstancias e indicios antecedentes, coetáneos y subsiguientes a la nupcias; y ciertas presunciones en pro de la voluntad simulatoria derivadas de precedentes jurisprudenciales en la estimación con sentido común de situaciones vitales frecuentes.

La confesión del simulador, que es la propia manifestación del sujeto que tuvo la voluntad excluyente, hecha fuera del proceso en tiempo no sospechoso y aun dentro ya de los trámites judiciales, es la prueba mayor por su propia naturaleza. En efecto, *si está rodeada de factores que acreditan su credibilidad y*

siendo el acto de voluntad un acto espiritual en sí mismo no sensible, no hay medio más propio para conocerlo que la confesión de su autor. Siendo así, su apreciación —si es extrajudicial— y su práctica —cuando es dentro del juicio— deben realizarse con la debida preparación, cautela y exhaustividad (que no es prejuicio malicioso o sospecha de falsedad), precisamente por su capacidad de manifestar el ánimo interno del sujeto y las circunstancias motivadas de su decisión. No obstante, aun siendo la prueba reina, por más cercana al simulador, no es imprescindible, cuando no ha sido posible practicarla, incluso por negativa del sujeto, para alcanzar la necesaria certeza moral mediante el concurso de otras pruebas.

De ahí, en todo caso, la importancia de probar la congruencia del continuo biográfico o historia de los hechos en su conjunto y en su natural secuencia temporal, que viene dada por la coherente interconexión entre la antecedencia, la coetaneidad y la posterioridad a las nupcias de los hechos, manifestaciones y circunstancias que se consideran manifestativos de la existencia, al menos no posterior al acto mismo de contraer, de una voluntad de simular. No olvidemos que toda simulación contiene en forma negativa o desintegradora la relación de causalidad que, en términos positivos o constructivos del matrimonio, se da entre el consentimiento, en cuanto causa, y el vínculo conyugal, como su efecto. Esta relación de causalidad necesita ocurrir sobre el natural proceso temporal, de suerte que lo ocurrido «después» no puede ser causa de un hecho temporalmente «anterior». En este sentido, *la prueba de la antecendencia o, al menos, de la simultaneidad al momento de celebrar las nupcias de la voluntad excluyente es imprescindible y fundamental para poder apreciar la causalidad propia de la simulación.*

El empleo de presunciones es insustituible por causa de la naturaleza espiritual del acto de voluntad excluyente, lo que obliga a conocerlo mediata e indirectamente a través de situaciones vitales que, en principio, tienen cierta capacidad manifestativa de lo interior. Extraer una presunción global de una única situación vital, resulta extremadamente imprudente por el valor equívoco que tiene un hecho aislado. Por ejemplo, se afirma que quien contrae matrimonio por amor difícilmente habrá excluido las propiedades, o que en países de legislación civil no divorcista el contrayente que, por su oficio (p. ej. un magistrado), está obligado especialmente al cumplimiento de las leyes, difícilmente excluirá la indisolubilidad. El lector habrá advertido que en estas situaciones descritas, el contrayente puede haber querido todo lo contrario de lo que «difícilmente» se le presume. El propósito de estas observaciones no es arruinar la utilidad de las presunciones, que son insustituibles, sino señalar que cobran todo su valor y función probatorios cuando, lejos de ser un hecho aislado, pueden interrelacionarse con otras situaciones, hechos y circunstancias concretas del caso particular, componiendo con ellas un conjunto biográfico congruente y, por ello, probatorio.

Con estas precauciones deben valorarse las presunciones según las cuales la formalización en pacto de la intención excluyente hace suponer la existen-

cia de voluntad de excluir radicalmente los derechos conyugales; que si la exclusión de la prole fue perpetua, a diferencia de la temporal, se presume que la voluntad simulatoria afectó al derecho mismo y no sólo al abuso de su ejercicio; que la condición de católico hace presumir, por su formación, la necesidad de poner el acto positivo de exclusión de la indisolubilidad, a diferencia de los acatólicos «habitados» al divorcio; que si el propio contratante lee en la ceremonia fórmulas favorables a la disolubilidad, sin otras que reafirman su voluntad de hacer lo que la Iglesia entiende por matrimonio, es que está manifestando su voluntad excluyente; que en los sistemas divorcistas de matrimonio civil obligatorio, quien contrae matrimonio civil con expresa manifestación de recurrir al divorcio muy posiblemente excluye también la indisolubilidad al celebrar el matrimonio canónico.

Por último, el intérprete no debe olvidar, cuando extrae de una sentencia rotal una presunción, intentando trasladarla a otro caso singular, irreduciblemente distinto aunque presente semejanzas, que su fuerza presuntiva y su utilización probatoria surgieron esencialmente circunscritas por las circunstancias particulares de aquel caso singular que la sentencia decidió. Lo que en un caso tenía sentido presumir en una dirección, en otro —aun semejante— puede esconder una realidad intencional contraria. Por lo tanto, el traslado de una presunción jurisprudencial de un caso a otro no puede hacerse de modo automático o utilizando la presunción empleada en otro asunto como *requisito categorial* para apreciar la validez o nulidad del nuevo caso particular.

- 1102** § 1. Matrimonium sub condicione de futuro valide contrahi nequit.
 § 2. Matrimonium sub condicione de praeterito vel de praesenti initum est validum vel non, prout id quod conditioni subest, existit vel non.
 § 3. Conditio autem, de qua in § 2, licite apponi nequit, nisi cum licentia Ordinarii loci scripto data.

§ 1. No puede contraerse válidamente matrimonio bajo condición de futuro.

§ 2. El matrimonio contraído bajo condición de pasado o de presente es válido o no, según que se verifique o no aquello que es objeto de la condición.

§ 3. Sin embargo, la condición que trata el § 2 no puede ponerse lícitamente sin licencia escrita del Ordinario del lugar.

FUENTES: § 1: c. 1092, 1^o-3^o; CAI 83

§ 2: c. 1092, 4^o

CONEXOS: cc. 1055, 1057, 1059, 1066, 1097, 1099

COMENTARIO

Pedro-Juan Viladrich

1. El ámbito fáctico: casarse bajo condición

El presente canon está dedicado a regular los efectos del consentimiento prestado en forma condicional. En su acepción más general, la condición es aquel (*aliquid*) hecho, acontecimiento, circunstancia o comportamiento futuro e incierto —o cuya existencia, al menos, es ignorada—, a cuya verificación la voluntad de uno o ambos contrayentes vincula la eficacia del consentimiento prestado y, en consecuencia, la perfección del vínculo conyugal. El sometimiento del consentimiento a una condición sólo se comprende a la luz del particular proceso de selección conyugal (elección del cónyuge y elección del matrimonio) que vive cada contrayente singular antes de casarse. Su escenario fáctico no corresponde a la ausencia o a la perversión de la verdadera voluntad matrimonial que, sin embargo, se aparenta manifestar en la celebración, como ocurre con el fenómeno simulatorio (*vide* comentario al c. 1101). En el consentimiento condicional hay verdadera voluntad matrimonial, pero el contrayente la tiene sometida a la verificación de un *aliquid* cuya existencia, por futura o por ignorada, es incierta aunque indispensable: el sujeto no quiere resultar casado más que bajo la existencia de ese *aliquid*, y la condición es la garantía mediante la cual, pese a consentir, se asegura no quedar casado sino bajo la existencia verificada de aquel *aliquid*.