

X CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO CANÓNICO
EL MATRIMONIO Y SU EXPRESIÓN CANÓNICA ANTE EL III MILENIO

«IUS CONNUBII» Y SISTEMA MATRIMONIAL*

Héctor Franceschi F.
Pontificia Università della Santa Croce

- a. Introducción**
- b. El derecho al matrimonio en el derecho clásico.**
- c. El concilio de trento**
- d. Los procesos codificadores.**
- e. Características del «ius connubii»**
- f. «ius connubii» y sistema matrimonial vigente.**
- g. Algunas consideraciones conclusivas.**

A. INTRODUCCIÓN

El *ius connubii* ha sido objeto de estudio, por parte de la ciencia canónica, sobre todo a partir de la codificación de 1917, desde un punto de vista que se podría definir como negativo, es decir, sólo como un principio de interpretación de los cánones que determinan una inhabilidad para celebrar el matrimonio a causa de los impedimentos. En buena medida, esta visión restrictiva se debe a la sistematización del canon 1035 del Código de 1917, que la doctrina ha definido como manifestación positiva del *ius connubii*, entre los cánones generales sobre los impedimentos. A pesar de su ubicación entre los cánones generales sobre el matrimonio en el Código de 1983, la doctrina más reciente, con algunas excepciones¹, sigue refiriéndose a él sólo en su relación con los impedimentos.

* En AA.VV, *El matrimonio y su expresión canónica ante el III milenio*, EUNSA, Pamplona 2000, p. 471-508.

¹ J.I. BAÑARES, *El «ius connubii», ¿derecho fundamental del fiel?*, en «Fidelium iura» 3 (1993), pp. 233-261; H. FRANCESCHI F., *Il diritto alla libera scelta del proprio coniuge quale diritto fondamentale della persona*, en «Ius Ecclesiae» 8 (1996), pp. 154-170; T. RINCÓN PÉREZ, *Preparación para el matrimonio-sacramento y «ius connubii»*, en «El matrimonio, cuestiones de Derecho Administrativo Canónico», Salamanca 1990, pp. 37-79; J.P. SCHOUPE, *Lo «ius connubii» diritto della persona e del fedele*, en «Fidelium iura» 3 (1993), pp. 195-235; J.M. MARTÍ, *«Ius connubii» y regulación del matrimonio*, en «Humana iura» 5 (1995), pp. 149-176; P.J. VILADRICH, *El ius*

Sin embargo, el estudio de las fuentes del Derecho Canónico nos muestra claramente la centralidad del *ius connubii* en el sistema matrimonial de la Iglesia, como un principio que siempre ha estado presente en la mente del legislador canónico y de la autoridad que debía decidir o juzgar sobre un matrimonio que se quería celebrar o que había sido celebrado. Es más, todo el régimen matrimonial de la Iglesia se presenta como un esfuerzo de determinación —más que de limitación— del derecho al matrimonio, entendido como presupuesto sobre el que actúa la autoridad eclesiástica, y fundado en la misma naturaleza del matrimonio y en su carácter sacramental cuando es celebrado entre dos bautizados, por lo que el ordenamiento matrimonial no debería entenderse como un tentativo de determinar *a priori*, a partir de unas condiciones que surgen de un sistema jurídico extrínseco a la realidad del matrimonio, los requisitos para celebrarlo o para el reconocimiento de un matrimonio ya celebrado.

Si a través de los siglos se ha perdido esta clara conciencia, deberíamos buscar los motivos en las diversas vicisitudes por las que ha atravesado el matrimonio hasta nuestros días, en los que más que de realidad matrimonial, se habla de sistemas matrimoniales diversos y, tantas veces, contrapuestos. Parecería que lo que queda a los contrayentes es la decisión sobre a cuál sistema matrimonial adherir, teniendo en cuenta los requisitos establecidos por cada sistema para admitir a quienes desean contraer el matrimonio. Poco lugar habría, en un sistema así concebido, para lo que, siguiendo la terminología utilizada por Juan Pablo II, llamamos la soberanía de los contrayentes y su *poder de fundar* el vínculo matrimonial².

Con la finalidad de ilustrar la centralidad del *ius connubii* en el sistema matrimonial, centraremos nuestra exposición en los siguientes puntos: a) el *ius connubii* en la evolución del sistema matrimonial canónico; b) la naturaleza y el contenido del *ius connubii* como derecho de la persona y derecho fundamental del fiel; c) el *ius connubii* en el sistema matrimonial vigente. No haremos referencia a las concretas manifestaciones de la determinación o limitación del derecho al matrimonio, teniendo en cuenta que serán objeto de estudios específicos en otras ponencias: lo haremos sólo en la medida en que sea necesario para aclarar cuanto hemos dicho sobre la centralidad de este principio en el sistema matrimonial.

connubii y la libertad religiosa. Una reflexión sobre la libertad de la persona, la soberanía conyugal y el poder del Estado, en «La libertad religiosa. Memoria del IX Congreso Internacional de Derecho Canónico», Ciudad de México 1996, pp. 163-188.

² Cfr. JUAN PABLO II, *Carta a las Familias*, n. 16.

B. EL DERECHO AL MATRIMONIO EN EL DERECHO CLÁSICO.

Una atenta lectura de las fuentes del derecho clásico, nos muestra claramente que el problema que normalmente era presentado ante la autoridad eclesiástica era precisamente el ejercicio del *ius connubii*, es decir, la determinación de las personas que podían o no contraer matrimonio y, por tanto, la posibilidad de fundar un vínculo indisoluble o el reconocimiento de éste por parte de la sociedad y de la Iglesia. Precisamente en este reconocimiento se basaba la decisión de la autoridad de impedir o no la celebración de segundas o ulteriores nupcias o reconocer las ya celebradas³.

El análisis se debe hacer teniendo en cuenta los diversos pilares sobre los que se apoya el ejercicio del derecho al matrimonio: la centralidad del consentimiento —su naturaleza y su objeto específico, la libertad de los contrayentes y la insustituibilidad del consentimiento—; los impedimentos matrimoniales y su especificación y concreción por parte de la autoridad como un esfuerzo para delinear los confines —naturales y eclesiales— del *ius connubii*; el principio formal como elemento esencial del consentimiento y la forma canónica como elemento establecido por la autoridad; el *ius connubii* en su realización, es decir, como derecho que no cesa con la celebración del matrimonio sino que también implica la defensa y la promoción del instituto matrimonial y de la familia. En fin, la mención de algunos casos que podríamos llamar *casos límite*, ayudará a la compren-

³ Se debe tener en cuenta que la noción de nulidad del matrimonio es una noción más reciente. En las fuentes primigenias del Derecho Canónico se suele hablar de separación, por una parte, dentro de la cual encontramos la actual separación conyugal y también los supuestos de nulidad y de disolución y, por otra parte, de separación con posibilidad de nuevas nupcias, que sería el concepto actual más restringido de declaración de nulidad o de disolución en los casos previstos por el derecho. Del mismo modo, la noción de impedimento al matrimonio, así como se entiende hoy, no tenía en el derecho clásico una estructura tan definida: se hablaba más de bodas que no pueden ser celebradas, o de bodas que, si habían sido celebradas, exigían necesariamente la separación de los cónyuges. Es necesario tener esto en cuenta en el momento de leer e interpretar las disposiciones del *ius vetus*, para evitar interpretaciones que traicionarían el sentido de este derecho. Cfr. R. NAVARRO-VALLS, *Matrimonio y derecho*, Madrid 1995, p. 22: «Sin embargo, no está nada claro que a lo largo del primer milenio la existencia en un concreto matrimonio de un impedimento de la entidad de lo que con el tiempo se denominaron dirimentes, implicara lo que hoy calificaríamos de nulidad del matrimonio: más bien se aplicaba la separación o disolución de algo irregular. Esto solamente acaecerá a partir del siglo XI-XII, cuando la propia noción de nulidad se perfila como una categoría autónoma y diversa de la separación o la disolución. En todo caso —y a lo que ahora interesa— la noción de impedimento en su acepción actual será una creación canónica que completará el ciclo de las condiciones para un matrimonio válido, cuando a consentimiento y capacidad —entendida en el sentido aludido— se añada la formalización del consentimiento».

sión de cuanto hemos dicho, esto es, que el *ius connubii* era y es un presupuesto, más aún, uno de los motivos principales del sistema matrimonial de la Iglesia. Conscientes de las limitaciones de una ponencia, haremos sólo algunas referencias a las fuentes del Derecho Clásico, con el objetivo de ejemplificar cuanto hemos dicho sobre la centralidad del *ius connubii* en este sistema que es, substancialmente, de soluciones prácticas.

1. El Decreto de Graciano

En el Decreto no se encuentra una disposición que hable expresamente del *ius connubii* en los términos hoy establecidos en la normativa canónica, aunque ya en el inicio del Decreto se subraya que el matrimonio es una realidad de derecho natural (D. I, c. 7). Sin embargo, hay numerosísimas disposiciones que constituyen determinaciones y especificaciones del derecho al matrimonio, en los diversos supuestos sometidos a la consideración de la autoridad eclesiástica. Encontramos, por ejemplo, muchos casos en los que se ponía en duda la habilidad para contraer el matrimonio por parte de diverso tipo de personas. Hay también disposiciones que regulan el *ius connubii* en sentido positivo, es decir, como derecho a escoger el propio cónyuge y a decidir si contraer o no un matrimonio, el derecho a quedar inmune de cualquier coacción externa, etc.⁴

En primer lugar, conviene recordar que uno de los argumentos centrales de la causa 27 es la determinación de la causa eficiente del matrimonio⁵. En todos los cánones que hacen alguna referencia a la causa eficiente del vínculo matrimonial se descubre una preocupación, más práctica que teórica, de determinar el momento del nacimiento del vínculo conyugal, como una premisa necesaria para poder dar una respuesta concreta a los diversos casos que piden una respuesta: celebración de un matrimonio, validez o no de otro.

⁴ La Causa 27 y siguientes están dedicadas al matrimonio y en ellas Graciano trata de ordenar las normas que determinan el ejercicio del *ius connubii* y los casos en que no es posible el matrimonio o, si había sido celebrado, existía la obligación de la separación. Esto se debe distinguir de los casos en que, celebrado el matrimonio en contra de una prohibición, la autoridad establecía la obligación de hacer penitencia, pero no la separación.

⁵ Contra los reduccionismos que distinguen entre los defensores del consentimiento y los defensores de la cópula como causa del vínculo matrimonial, entre los cuales se suele incluir a Graciano, debemos decir que el estudio atento del Decreto muestra claramente la importancia que Graciano daba al consentimiento como causa fundante del matrimonio. La centralidad y conflictualidad de esta q. 2 se refleja en la gran cantidad de *paleae* que encontramos en ella, muchas de ellas resultado de encendidos contrastes doctrinales

Decíamos que el *ius connubii* no puede ser entendido como un simple principio de interpretación de los cánones sobre los impedimentos, sino como un principio general de todo el sistema, que tiene su origen en el derecho fundamental al matrimonio y puede ser analizado desde diversos puntos de vista. Bajo esta luz hemos examinado los cánones del Decreto de Graciano, estudio del que ahora hemos hecho sólo alguna breve mención, a modo de ejemplo⁶. Este estudio nos ha confirmado en nuestra intuición inicial, es decir, en la conciencia de que en el primer sistema organizado y científico del derecho de la Iglesia, el *ius connubii* aparece no sólo como un principio del sistema, sino como la razón misma de su existencia. El sistema de Graciano, que era un sistema principalmente de soluciones prácticas a los problemas concretos, el *ius connubii* se nos muestra como realidad continuamente reconocida y respetada por parte de la autoridad la cual, más que determinar *a priori* qué personas podían o no contraer matrimonio, se situaba en una actitud muy respetuosa de la libertad de los fieles, casi como si su única misión fuera tratar de determinar, en el caso concreto, los fieles o las personas en general que, por su concreta situación y teniendo en cuenta la naturaleza del consentimiento y del vínculo matrimonial, habían hecho recto uso de su derecho de contraer un matrimonio. Indudablemente, hay casos en los que las restricciones parecían exageradas —pensamos en los grados del impedimento de consanguinidad—, pero si se leen con atención las fuentes, nos damos cuenta de hasta qué punto estas restricciones tenían su causa en la misma actitud de defensa de la institución matrimonial. En buena medida, estas normas obedecían a una concepción del parentesco y de las relaciones familiares que tenían en cuenta un determinado contexto social, en el cual la noción de familia era mucho más extensa que la familia nuclear surgida de la revolución industrial y la urbanización de la sociedad, que hoy se nos hace difícilmente comprensible.

⁶ Haremos algunas referencias a textos recogidos en el Decreto de Graciano —*auctoritates* y *dicta*— para ilustrar nuestras conclusiones. Conviene, sin embargo, aclarar que, por una parte, en el estudio detallado de los textos, que en este momento es imposible exponer, se debe distinguir necesariamente entre las *auctoritates* que apoyan la opinión de Graciano de aquéllas que parecen contrarias, así como el modo en que el autor del Decreto ha intentado la concordancia. Al mismo tiempo, hay que tener en cuenta la reciente evolución de la investigación de las fuentes gracianas, especialmente por lo que se refiere a la posibilidad de que exista una primera versión más breve del Decreto, de la cual existirían tres o tal vez cuatro manuscritos, que podría dar razón del porqué algunas *auctoritates* parecen estar fuera de lugar o no corresponder con el razonamiento de una determinada cuestión. Sobre este último punto se puede consultar A. WINROTH, *The Two Recensions of Gratian's Decretum*, in «Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Kanonistische Abteilung» 83 (1997) 22-31.

Este estudio del Decreto de Graciano a la luz del *ius connubii* nos permite indicar sus principales características, teniendo en cuenta este derecho en toda su riqueza: como derecho a celebrar el matrimonio y al reconocimiento y defensa del vínculo; como derecho a la libre elección del propio cónyuge; como derecho a celebrar o no el matrimonio; como derecho a conocer la verdad sobre el propio estado jurídico. Para ello, indicaremos cada una de las principales áreas del sistema matrimonial.

Uno de los puntos centrales del Decreto de Graciano, en lo que se refiere al matrimonio, es la determinación de la causa eficiente del vínculo matrimonial. Aunque la doctrina posterior se haya dividido entre la teoría de la cópula y la teoría del consentimiento, pensamos que en Graciano hay al menos un intento de configurar una teoría unitaria. Por una parte, no duda en afirmar que sin consentimiento no hay matrimonio⁷, aunque también afirme que sólo con la cópula se dará el matrimonio perfecto o *ratum*, siendo el consentimiento sin la cópula causa del matrimonio *initiatum* que sería, sin embargo, verdadero matrimonio. Dejando aparte la discusión sobre el momento perfectivo del matrimonio, podemos afirmar que la lectura del Decreto muestra claramente la preocupación de la autoridad por determinar la causa eficiente del vínculo matrimonial. En toda esta discusión se descubre, más que diversas teorías de escuela, el esfuerzo por identificar claramente el momento en el que se podía afirmar con certeza que existía un vínculo matrimonial indisoluble y, por lo tanto, una persona tenía el derecho a que su matrimonio recibiese la protección del sistema jurídico y, en consecuencia, existía una imposibilidad objetiva de celebrar otro matrimonio a causa de la existencia de un vínculo. Por otra parte, la determinación del signo nupcial era diversa según las diversas tradiciones jurídicas existentes en la cristiandad medieval: ante esta riqueza, el sistema no daba una única respuesta, sino que trataba de indagar la *verdad* del signo en el caso concreto. Se manifiesta en este esfuerzo la clara conciencia de la autoridad sobre la existencia del *ius connubii* como derecho de la persona y del fiel, aunque no se encuentre todavía una formulación positiva del *ius connubii* en el sistema jurídico de la Iglesia. Indudablemente, la dificultad en la determinación de la causa eficiente del matrimonio

⁷ Centralidad e insustituibilidad del consentimiento personal: libertad de la hija para contraer o no el matrimonio (C. 31, q. 2, c. 1); necesidad de la voluntad libre para que la cópula sea causa del vínculo matrimonial (C. 31, q. 2, c. 4). Este último es un *dictum* de Graciano: *his auctoritatibus evidenter ostenditur, quod sine libera voluntate nulla est copulam alicui*. En este *dictum* concluye Graciano por la centralidad del consentimiento matrimonial libre como causa del vínculo matrimonial.

tuvo sus consecuencias en la eficacia de la defensa del derecho al matrimonio en el sistema matrimonial de la Iglesia.

En el Decreto encontramos un notable esfuerzo por construir un sistema claro y coherente sobre los impedimentos matrimoniales. Graciano se encuentra con innumerables *auctoritates*, muchas de ellas contradictorias entre sí, y hace un impresionante trabajo de construcción. Los impedimentos —que tradicionalmente han sido relacionados con el *ius connubii* en un doble sentido: el derecho al matrimonio como criterio de interpretación de las normas que impiden el matrimonio, y los impedimentos como limitaciones del derecho al matrimonio— encuentran en Graciano una mejor sistemática. En el Decreto se descubre el esfuerzo por determinar claramente el motivo, la naturaleza y los límites de cada impedimento, teniendo siempre en cuenta la naturaleza del matrimonio y su dimensión sacramental cuando es celebrado entre bautizados. Aunque en ningún momento Graciano haya hecho una lista de los impedimentos, encontramos en el Decreto un articulado desarrollo de los supuestos que, con el posterior desarrollo doctrinal, constituirán los diversos impedimentos al matrimonio⁸. Algunos de éstos, ya en el Decreto, son objeto de un análisis detallado y más o menos sistemático: parentesco, voto, orden sagrado. Por ejemplo, toda la C. 27, q. 1 trata de aquellos que, a causa de un voto o de un compromiso de celibato, no pueden contraer matrimonio: los religiosos, las viudas que han asumido mediante un voto el estado de viudas, los clérigos, quienes han hecho un voto de castidad⁹. Habrá todavía muchas imprecisiones que en las Decretales posteriores encontrarán solución. En la regulación de los impedimentos son de destacar la explicación del impedimento de impotencia¹⁰, la relación entre el vínculo anterior y la determinación del momento fundacional del matrimonio¹¹, la relación entre la edad y el consentimiento personal como causa del vínculo¹², y entre el rapto y la libertad del consentimiento¹³, así como la extensión de los impedimentos de parentesco¹⁴.

⁸ Cfr. DE LEÓN-CARRERAS, *La glossa "impossibilitas conveniendi" di Ruffino (C.27 pr.)*, artículo en imprenta.

⁹ Prima pars: Quod vero voventes matrimonium contrahere non possunt, multis auctoribus probatur.

¹⁰ C. 27, q.2, cc. 16-17; C. 32, q. 5, c. 18; C. 32, q. 7, c. 27; C. 33, q. 1, cc. 1-3. Se analizan los elementos de la impotencia que *disuelve* el vínculo, la distinción con la esterilidad, la prueba de la impotencia.

¹¹ C. 27, q. 2, c. 13; C. 28, q. 2, c. 2; C. 32, q. 7, cc. 16, 25-27; C. 35, q. 9, c. 9. Es claro el esfuerzo por explicar el origen del vínculo indisoluble y la objetividad del impedimento, aun en los casos de muerte presunta y sucesivo matrimonio.

¹² C. 30, q. 2, *dictum* y c. un.; C. 31, q. 2, cc. 4, 12 y 16. Por una parte, se rechazan los es-

Además del derecho a celebrar el matrimonio, el *ius connubii* implica la libertad de celebrarlo o no y la libertad en la elección del propio cónyuge, contra las imposiciones de la autoridad, de la sociedad o de los padres. Este aspecto del *ius connubii* ha sido defendido por la Iglesia y encuentra una amplia regulación en el Decreto de Graciano. Esta defensa de la centralidad e insustituibilidad del consentimiento matrimonial se ha manifestado en diversas exigencias. Por una parte, en la necesidad de que éste sea verdadero, contra diversas manifestaciones que podían parecer un consentimiento matrimonial pero no lo serían por la ausencia de alguno de sus elementos esenciales, como se ve en el consentimiento en una unión que excluya absolutamente los hijos o la fidelidad. Por otra parte, se manifiesta en la defensa de la libertad, contra las imposiciones de los padres. Esta protección se manifiesta, sobre todo, en la exigencia del consentimiento de los hijos una vez que hayan alcanzado la edad de la discreción, y en la afirmación de la libertad de la hija —y del hijo— en la elección del propio estado y del propio cónyuge¹⁵. Es verdad que se afirma que no se debe celebrar el matrimonio contra la voluntad de los padres, pero también es cierto que no se dice nunca que la falta de ésta implique la nulidad del consentimiento y, por otra parte, en diversas ocasiones se subraya la necesidad del consentimiento personal y libre de los hijos¹⁶. Aunque no hayan sido condenados los esponsales de los hijos pequeños, se exige que éstos, una vez alcanzada la pubertad, los confirmen para que se pueda hablar de verdadero matrimonio.

En lo que se refiere a las limitaciones del *ius connubii*, podemos decir que encontramos en el Decreto algunas situaciones, que podríamos llamar “casos límite”, que nos muestran la amplitud con la cual la Iglesia entendía el ejercicio del *ius connubii*. Hay situaciones o personas de las que se podría dudar del derecho a celebrar el matrimonio. En muchos de estos casos la autoridad eclesiástica

ponsales de los menores de siete años. Por otra, se hace establece una clara relación entre el consentimiento y la edad de la discreción.

¹³ C. 36, q. 1, c. 2; C. 36, q. 2, cc. 6, 7, 11.

¹⁴ La C. 35 es una larga causa en la cual se analizan los diversos grados de parentesco y sus límites. El tema fue objeto de estudio por gran parte de la decretística. En algunos manuscritos de la segunda mitad del siglo XII aparecen los árboles del parentesco: el *arbor affinitatis* aparece, por ejemplo, en la c. 188v del manuscrito de Bamberg, Staatliche Bibliothek, Cod. can. 14 [P.I.17]. En el manuscrito de Venezia, Biblioteca Nazionale Marziana, Mss; lat. cl. IV n. 117, coll. 2435, aparecen los árboles de consanguinidad y de afinidad. En la edición de Freidberg aparecen dos versiones posteriores, una firmada por Giovanni d’Andrea (+1348) y la otra sin firma.

¹⁵ C. 32, q. 2, c. 16 (Conc. Tolletano III, c. 10) Viduae et virgines propria voluntate sibi maritos eligant; C. 30, q. 2, c. un.

¹⁶ C. 31, q. 3, c. un.

dio una respuesta positiva a la duda sobre la posibilidad de contraer matrimonio. En algunas de estas situaciones, la respuesta de la Iglesia era contraria a la cultura y al derecho imperante en la sociedad, mostrando así una clara actitud de respeto y de defensa del derecho al matrimonio de aquellas personas de quienes algunos negaban el derecho al matrimonio. Entre estos casos indicamos los siguientes: el derecho de los viudos a celebrar un nuevo matrimonio¹⁷; el derecho de los hijos a celebrar el matrimonio contra la voluntad de sus padres¹⁸; el derecho al matrimonio de los esclavos, aun contra la voluntad de sus señores¹⁹; el derecho al matrimonio de los enfermos²⁰; el derecho al matrimonio de los enfermos mentales. En este supuesto se establecían límites a este derecho, como era el caso del *furiosus* absoluto²¹. Aunque más que una limitación del *ius con-*

¹⁷ C. 27, q. 1, c. 33; C. 31, q. 1, cc. 10-12; C. 32, q. 2, c. 16.

¹⁸ C. 30, q. 2, c. un.; C. 32, q. 2, c. 16.

¹⁹ C. 29, q. 2. Graciano introduce esta *quaestio* con un largo *dictum* en el que defiende claramente la libertad de los esclavos para celebrar el matrimonio, tanto con otro esclavo como con una persona libre. Es importante la distinción que hace entre la condición servil en sí misma, que es irrelevante, y el error sobre esta condición por parte de una persona libre, que sí tendría consecuencias. Sobre la redacción de la C. 29 en la que, según los más recientes estudios, sería la primera versión del Decreto de Graciano, cfr. J.M. VIEJO-XIMÉNEZ, *La redacción original de la C.29 del Decreto de Graciano*, en «Ius Ecclesiae», 10 (1998), pp. 149-185.

²⁰ Cfr. C. 32, q. 7, cc. 25-26. El canon 18 de esta causa es de difícil interpretación: *Licet ducere aliam infirmo [viro], cui sua ob infirmitatem corporis reddere non valet. Item Gregorius iunior (III) Bonifatius Episcopo* [epist. IV] Quod posuisti, si mulier infirmitate correpta non valuerit viro debitum reddere, quid eius faciat iugalis: bonum esset, si sic permaneret, ut abstinenciae vacaret. Sed quia hoc magnorum est, ille, qui se non poterit continere, nubat magis; non tamen ei subsidii opem subtrahat, quam infirmitas prepediit, non detestabilis culpa excludit. La *Editio Romana* pone *viro*, término que daría sentido a la frase y sería coherente con la *auctoritas* que pretende introducir: “Es lícito al hombre, cuya mujer no puede dar el débito debido a la enfermedad, casarse con otra. El problema, más que la enfermedad en sí misma, sería la impotencia precedente al matrimonio, si interpretamos la decretal a la luz de todo el sistema.

²¹ Cfr. C. 32, q. 7, c. 36 (*Furiosus et furiosa matrimonium contrahere non possunt*). La interpretación del sentido de la decretal es difícil, pues parece admitir en algunos casos el matrimonio de los *furiosi*. Sobre este argumento cfr. DE LEÓN-CARRERAS, *La glossa “impossibilitas conveniendi” di Ruffino (C.27 pr.)*, cit.: «Il fatto più sorprendente è che, malgrado il testo *neque furiosus* raccolto da Graziano — dove si potrebbe ipotizzare l’esistenza di un impedimento quanto meno impediente e cioè sulla liceità del matrimonio — la maggioranza dei decretisti non fecero riferimento ad esso nell’elencare gli impedimenti all’inizio dei commenti alla C.27 pr., anche se alcuni — come si vedrà — ne parlarono commentando C.32 q.7 c.26 (*Neque furiosus*). Il Magister Rolando — decretista di rilievo anteriore nel tempo a Ruffino — nella sua *summa* (Thaner 114) non annovera il ‘furor’ tra gli impedimenti, anche se nel commento alla C.32 q.7 c.26 (*‘Neque furiosus’*) dice: ‘*Neque furiosus etc. et post.: Sed si coniuncti fuerint, antequam insaniant, et carnali commixtione copulati fuerint, postea non separantur*’, e quindi ‘a sensu contrario’ si potrebbe pensare ad una invalidità del matrimonio contratto quando uno dei due era ‘furiosus’ o ‘furiosa’. Ma resta il fatto

nubii, este canon recoge una exigencia del derecho natural, la de la capacidad requerida por la misma naturaleza para la celebración del matrimonio. Por último, señalamos la prohibición a los sometidos a penitencia pública que, sin embargo, podía ser dispensada, y se dispensaba de hecho, en los casos en que por la juventud era difícil vivir la continencia²². Son, es claro, situaciones que responden a la misma naturaleza del matrimonio o al bien espiritual de los fieles o a la defensa de la misma institución matrimonial.

En los cánones del Decreto que hacen referencia a la forma canónica de celebración se descubre claramente un problema grave que la Iglesia trataba de resolver: los llamados matrimonios clandestinos, la prueba de los cuales era verdaderamente difícil. Por ello, la Iglesia los había condenado severamente. Sin embargo, no se estableció en ningún momento la exigencia de una forma canónica como requisito para la validez. El motivo podría ser, como luego aparecerá en las discusiones tridentinas para la aprobación del decreto *Tametsi*, una conciencia de la libertad de los contrayentes y de su rol insustituible de fundadores del vínculo matrimonial. Parece que la autoridad admitía que fundar el matrimonio era una decisión que pertenecía al ámbito de la autonomía de los contrayentes. Por otra parte, sin embargo, por la naturaleza social, eclesial y litúrgica del matrimonio, a través de los siglos se afirmó claramente la obligación de celebrar públicamente las nupcias²³. El equilibrio entre autonomía de los fieles y exigencias de seguridad jurídica, además del discernimiento sobre la dimensión sacramental del matrimonio, condujo a la exigencia de manifestación del consentimiento dentro de la liturgia, con una ceremonia que, en sus líneas principales, era común a toda la Iglesia: la velación de la mujer, el intercambio de los anillos y la bendición del sacerdote²⁴. La obligación grave de observar la forma, cuyo incumplimiento acarrearía graves penitencias, no implicaba sin embargo un requisito para la validez. El equilibrio era difícil y la situación causaba problemas de difícil solución. Graciano trata de establecer algunos principios para dar respuesta a las situaciones en las que había conflicto a causa de la posible existencia de un matrimonio clandestino, haciendo una clara distinción entre realidad sustantiva y realidad procesal: si hay un matrimonio clandestino, aunque nunca haya sido proba-

che non riporta la 'furia' nell'elenco degli impedimenti».

²² C. 33; q. 2, cc. 12-14, 16.

²³ C. 30, q. 5, cc. 1-3, 6, donde se prohíbe gravemente el matrimonio clandestino o se afirma que las nupcias deben ser celebradas públicamente.

²⁴ C. 30, q. 5, cc. 4-5, 7-8. Determinan el modo y los elementos de la celebración, la bendición por parte del sacerdote, la velación de la mujer.

do, seguirá existiendo, y quien celebrase un nuevo matrimonio se encontraría en una situación de adulterio objetivo; pero ante un matrimonio cuya existencia es dudosa, en el fuero externo prevalece el matrimonio celebrado en forma pública, según la forma establecida. La causa de ello es que la autoridad no puede juzgar sobre la nulidad basándose en hechos dudosos²⁵. Como puede observarse, en el Decreto hay un difícil equilibrio entre *ius connubii* y necesidad de certeza jurídica en lo que se refiere a la forma canónica. Como luego veremos, el Concilio de Trento establecerá un modo sustancialmente diverso para resolver este difícil conflicto entre fuero interno y fuero externo.

2. El libro IV de las Decretales de Gregorio IX

El estudio detallado del libro IV de las Decretales, en el que se regula la casi totalidad del tema matrimonial, nos demuestra que en este momento ya han sido delineados con mayor claridad la naturaleza, el contenido y los límites del *ius connubii*.

En comparación con el Decreto de Graciano, las Decretales marcaron un avance importante tanto en la sistemática de la normativa matrimonial como en la configuración de las instituciones. Esto ha beneficiado, sin duda alguna, la comprensión del matrimonio como realidad fundada en el consentimiento personal y libre de los contrayentes, así como a la mejor especificación de los impedimentos matrimoniales y la defensa de la verdad y la libertad del consentimiento matrimonial. Por todo ello, se puede afirmar que el *ius connubii* recibe una mejor regulación, reconocimiento y defensa en el sistema de las Decretales, que sigue siendo un sistema eminentemente jurisprudencial que da respuesta a los casos concretos, pero que tiene una vocación universal, cuando estas respuestas eran recogidas y presentadas como ley universal de la Iglesia mediante la promulgación por parte del Pontífice. El estudio de las Decretales en su conjunto muestra claramente esta mejor especificación y determinación, limitación en algunos casos, del *ius connubii* en las principales áreas del sistema matrimonial, a las cuales seguidamente haremos una breve y sucinta referencia.

Como ya afirmábamos, uno de los elementos esenciales del sistema matrimonial canónico, sin el cual sería muy difícil una defensa eficaz del derecho al

²⁵ C. 30, q. 5, c. 6 y 8. Contienen dos *dicta* de Graciano en los que afirma la ilicitud de los matrimonios clandestinos, afirmando, sin embargo, la validez. Luego, en C. 30, q. 5, cc. 9 y 11, hay otros dos *dicta* sobre la prueba del matrimonio clandestino y la relación entre un matrimonio clandestino que no ha sido probado y uno celebrado posteriormente de modo público.

matrimonio, es la determinación de la causa eficiente del vínculo matrimonial indisoluble y de sus elementos. El Decreto de Graciano significó un importante paso adelante en esta determinación, aunque dejaba todavía muchos elementos dudosos que exigían una aclaración: la distinción entre esponsales y matrimonio, que dio lugar a una fuerte discusión doctrinal²⁶, la diferencia entre matrimonio iniciado y matrimonio rato o consumado, la determinación de los requisitos de capacidad para el consentimiento, el papel de la consumación en la constitución del vínculo indisoluble, la distinción real y no sólo nominal entre *esposos* y *cónyuges*. Estas imprecisiones hacían difícil, en muchos casos, la defensa efectiva del *ius connubii*, sobre todo desde el punto de vista de la libertad en la elección matrimonial, además de hacer más difícil el dar una respuesta clara a las costumbres contrarias al respeto de esta libertad, principalmente en relación con los padres de los contrayentes y su papel en el proceso de formación de la voluntad matrimonial.

El *Liber Extra*, en cambio, logró distinguir claramente los esponsales del matrimonio, haciendo más fácil la defensa del consentimiento matrimonial en los casos concretos²⁷. Sin excluir totalmente las costumbres, tantas veces muy arraigadas y extendidas en la sociedad, de la celebración de los esponsales aun en el caso de los *impuberes*, con esta distinción clara entre esponsales y consentimiento de presente reafirmó la libertad de las personas en la constitución del vínculo matrimonial, afirmando que la única causa del vínculo indisoluble es el consentimiento de presente manifestado libremente por los mismos contrayentes²⁸. Estas concreciones que encontramos en las Decretales fueron, sin duda, ventajosas para la defensa del libre ejercicio del derecho al matrimonio. Uno de los puntos esenciales en esta distinción entre esponsales de futuro y esponsales de presente o consentimiento matrimonial, fue la importancia atribuida a la edad de celebración, que determinaba necesariamente que cualquier celebración realizada antes de la pubertad se debía interpretar como esponsales de futuro²⁹. En

²⁶ Cfr. C. LARRAINZAR, *La distinción entre «Fides pactionis» y «fides consensus» en el «Corpus Iuris Canonici*, in «Ius Canonicum», 21 (1981), pp. 36-57.

²⁷ Cfr. X.4.4.1: *Contrahens successive per verba de praesenti cum duabus, tenetur adherere primae. Si autem primo contraxi per verba de futuro, secundo per verba de praesenti, adherebit secundae* (Augustinus de fide pactionis et consensus). El texto de la decretale *Duobus modis* no se encuentra en San Agustín, pero aparece ya en la *Compilatio I* y también como una *palea* del Decreto de Graciano.

²⁸ X, 4, 1, 25: *Solo consensu legitimo contrahitur matrimonio, sed verb. requiruntur quoad probationem, et intellige: vel alia signa aequipolentia. Idem Brixienis Episcopo.*

²⁹ Cfr. X.4.2.6, 7, 12-14. En estas y otras decretales se afirma que el consentimiento mani-

nuestra opinión, éste fue uno de los medios más eficaces para defender la libertad de los hijos ante las costumbres que podían vulnerarla gravemente.

Uno de los elementos más interesantes que hemos encontrado en el Título I del Liber IV: *De sponsalibus et matrimonio*, c. 23 es una afirmación de principio sobre el derecho al matrimonio de toda persona, que sólo puede ser prohibido cuando el derecho lo establece de un modo explícito. Es una declaración general sobre el derecho al matrimonio que utiliza una fórmula muy parecida a la recogida por las distintas codificaciones de la Iglesia: «*Mutus et surdus, et omnes, quin non prohibentur, matrimonium contrahere possunt*»³⁰. Esta afirmación de principio sirve también como criterio interpretativo de las normas que se refieren a los impedimentos, los cuales deben ser establecidos con precisión y exigen una interpretación estricta, también de acuerdo con las *regulae iuris* que informan todo el sistema jurídico.

Por otra parte, la sistemática de los impedimentos es mucho más clara en los libros de las Decretales, que reflejan el gran esfuerzo precedente de la decretística para determinar con certeza cuáles son los impedimentos, cuáles sus límites y sus características. Conscientes del derecho al matrimonio por parte de todos, en las Decretales se encuentra una más clara determinación de las situaciones que constituyen impedimento al matrimonio, además de los límites de estas prohibiciones, el modo y la causa de la dispensa cuando ésta sea posible, el ámbito de aplicación de las normas que restringen el ejercicio de este derecho, etc. En este sentido, las Decretales han significado un importante paso adelante en la especificación de los impedimentos como situaciones o relaciones objetivas que impiden y/o dirimen el matrimonio, no por una decisión arbitraria de la autoridad, sino por la misma naturaleza del matrimonio, por su dignidad y, en el caso de los fieles, por su dimensión sacramental y por el lugar que cada uno de los fieles ocupa en la sociedad eclesial, que en algunos casos puede hacer incompatible el matrimonio con otras situaciones jurídicas, sea frente a la sociedad ecle-

festado antes de la pubertad se entenderá siempre como esponsales de futuro, que los esponsales de futuro deben ser confirmados cuando se alanza la pubertad, que el consentimiento de presente prevalece sobre el de futuro manifestado con anterioridad, a menos que no haya habido la cópula una vez alcanzada la pubertad.

³⁰ X, 4, 1, 23: Sane, consuluisti nos per nuncios et litteras tuas, utrum mutus et surdus alicui possint matrimonialiter copulari. Ad quod fraternitati tuae taliter respondemus, quod, quum prohibitorium sic edictum de matrimonio contrahendo, ut, quicumque non prohibetur, per consequentiam admittatur, et sufficiat ad matrimonium solus consensus illorum, de quorum quarumque coniunctionibus agitur, videtur, quod si talis velit contrahere, sibi non possit vel debeat denegari, quum quod verbis non potest signis valeat declarare [Dat. Rom. ap. S. Petr. Id. Iul. 1198].

sial, como ocurre en el orden sagrado y en el voto, sea frente a otras personas concretas, como ocurría con el impedimento de parentesco espiritual. Por otra parte, aparece claramente la distinción entre impedimentos de derecho divino e impedimentos de derecho eclesiástico, estableciéndose algunos casos concretos en los que era posible la dispensa del impedimento o la sanación del matrimonio, como sucedía en algunos grados de parentesco³¹, o en las situaciones en las que la autoridad reconocía sus propios límites en lo que se refiere a la especificación o determinación de impedimentos para los no bautizados, como era el caso del matrimonio de dos no bautizados, celebrado en un grado de parentesco no permitido por la Iglesia, pero que no era contrario al derecho natural, matrimonio que la Iglesia consideraba válido³².

En la regulación de los impedimentos en particular son de destacar la determinación de la pubertad como el momento en que se puede contraer el matrimonio³³, la concreción de los elementos de la impotencia que dirime el matrimonio³⁴, la distinción entre los diversos impedimentos de parentesco y la reducción de los grados que constituyen impedimento al matrimonio³⁵, la clarificación de las relaciones espirituales que configuran el impedimento de parentesco espiritual³⁶, la definición del voto solemne como impedimento dirimente del matrimonio³⁷, la distinción entre órdenes menores y órdenes mayores en la determinación del impedimento de orden sagrado³⁸, la determinación de los supuestos que configuran el impedimento de crimen³⁹. En conclusión, podemos afirmar que el

³¹ X.4.19.9.

³² X.4.19.8.

³³ X.4.2.3: Puberes sunt quoad matrimonium, qui ex habitu corporis concipere et generare possunt (Isidorus, Etymolog., XI, 2). En otras decretales se establece la edad de siete años para los esponsales de futuro y de catorce para el consentimiento de presente (X.4.2.2). En X.4.2.8 parece establecerse una excepción, que sería el matrimonio celebrado *pro bono pacis*. Pensamos, sin embargo, que se refiere a esponsales de futuro, porque de lo contrario entraría en colisión con todo el sistema.

³⁴ El tema es tratado sobre todo en el título XV del *Liber Quartus: De frigidis et maleficiatis, et impotentia coeundi*. Cfr., en particular, X.4.15.2-4, 6, 7.

³⁵ Cfr. el Título XIV del *Liber Quartus: De consanguinitate et de affinitate*.

³⁶ X.4.11.1-3, 5.

³⁷ X.4.6.3: Votum solemne impedit et dirimit matrimonium post contractum; votum simplex tantum impedit contrahendum, sed non dirimit post contractum (Alexander III. Vigoriensi Episcopo [1159-81]). X.4.6.7: Votum solenne impedit et dirimit matrimonium post contractum (Innocentius III. Ulibonensi et Colimbriensi Episcopis [diciembre 1199]).

³⁸ X.3.3.1, X.3.3.4, X.4.6.1, X.4.6.2.

³⁹ Cfr., sobre todo, el Título VII del *Liber Quartus: De eo, qui duxit in matrimonium quam polluit per adulterium*.

sistema de las Decretales es todavía más claro que el sistema graciano, lo que, sin duda, ha sido en beneficio de la mejor especificación, defensa y reconocimiento del *ius connubii*.

El *ius connubii*, decíamos, implica también la defensa y la determinación del consentimiento verdadero y libre como única causa del vínculo matrimonial indisoluble. Desde este punto de vista, los libros de las Decretales significaron un progreso en la eficaz defensa del consentimiento matrimonial auténtico. La principal adquisición, en este sentido, fue la elaboración del supuesto del temor grave como vicio invalidante del consentimiento matrimonial, con independencia de otros supuestos ya considerados en el Decreto, como era el impedimento de rapto. En las Decretales se elabora una teoría sobre la violencia y el temor invalidantes, llegando incluso a afirmarse que el temor hace el consentimiento *ipso iure nullum*, siempre que sea tal que ataque gravemente la libertad del consentimiento matrimonial⁴⁰. Determinan como elemento objetivo de la gravedad la relación con el *vir constans*⁴¹. La defensa de la libertad del consentimiento está claramente presente en las decisiones que se refieren al matrimonio de los menores de edad. En relación con la verdad del consentimiento, es importante la regulación de la condición, particularmente de los efectos de la condición contra la sustancia del matrimonio, que vician el consentimiento precisamente porque con ellas se excluye uno de sus elementos esenciales⁴².

También en las Decretales aparecen reguladas aquellas situaciones que definíamos como “casos límite”. Del estudio de éstas aparece claramente la amplitud con que era defendido el ejercicio del *ius connubii*. Las Decretales entran en los mismos argumentos del Decreto, tratando de aclarar los puntos que en éste exi-

⁴⁰ X.4.1.13: Si mulier invita cum aliquo contrahat, nec in eum postea consentiat, tenet matrimonium, si alteri postea nubuit. Ita communiter summatur. Et secundum hunc intellectum esset hic casus apertus, quod matrimonium metu contractum esset ipso iure nullum. Hoc tamen non colligitur ex litera (Alexander III Procurator et Canonicis Soranis [1159-81]).

⁴¹ X.4.1.28: Mulieri, quae negat, se in matrimonium consensisse, non creditur marito probante contrarium; secus, si probat, se consensisse per metum, qui potest cadere in constantem virum (Honorius III. Episcopo Burguensi).

⁴² X.4.5.7: Si in contractu matrimonii apponitur conditio turpis vel impossibilis, habetur pro non adiecta, nisi sit contra substantiam matrimonii, quia tunc vitiat contractum. H. d. hoc capitulum notabile et multum allegabile. Gregorius IX (1227-34).

Si condiciones contra substantiam coniugii inserantur, puta, si alter dicat alteri: “contraho tecum, si generationem prolis evites”, vel: “donec inveniam aliam honore vel facultatibus digniorem”, aut: “si pro quaestu adulterandam te tradas”, matrimonialis contractus, quantumcumque sit favorabilis, caret effectu; licet aliae condiciones appositae in matrimonio, si turpes aut impossibiles fuerint, debeant propter eius favorem pro non adiectis haberi.

gían una mejor determinación: no se duda del derecho al matrimonio de las vírgenes y de las viudas⁴³; se reconoce el derecho al matrimonio de los infieles y se limita a los bautizados la eficacia de las normas de derecho eclesiástico que impiden el matrimonio⁴⁴; se defiende el derecho al matrimonio de los esclavos, aun contra la voluntad de sus señores⁴⁵; se afirma el derecho al matrimonio de los leprosos y la permanencia del vínculo en caso de enfermedad⁴⁶; se afirma que los *furiosi* no pueden contraer el matrimonio, porque no pueden prestar el consentimiento, resolviendo así las dudas que surgían de la decretal *Neque furiosus* recogida en el Decreto de Graciano⁴⁷; se subraya que las prohibiciones de celebrar el matrimonio establecidas por la autoridad o por el juez, en sí mismas, no tiene fuerza invalidante, dependiendo la validez o la nulidad de la realidad de los hechos⁴⁸. En las diversas decisiones de la autoridad se observa siempre el esfuerzo por conocer la misma naturaleza del matrimonio, teniendo también en cuenta el bien espiritual de los fieles y la defensa de la institución matrimonial. Como afirmábamos anteriormente, el discernimiento de la existencia del *ius connubii* de los fieles, con un contenido muy concreto, guiaba las decisiones de la autoridad.

Por lo que se refiere a la forma de celebración del matrimonio, ésta no es tomada directamente en consideración por las Decretales. Se habla de ella en modo indirecto cuando se regula el problema de los matrimonios clandestinos: prohibición de su celebración, establecimiento de penas en el caso de celebra-

⁴³ X.4.21.4: *Mulier, nubens infra annum lugubrem, infamiam non incurrit.* Innocenzo III. Exonensi Episcopo (1159-81); X.4.21.5: *Summatur ut praecedens.* Innocentius III. P. nobili mulieri (1201): «quum igitur ad secunda disponas vota transire, sciens, quod nubere melius est quam uri, tuum in Domino propositum commendamus, et ne id tibi vel ei qui te duxerit in iacturam vel infamiam ab aliquo imputetur auctoritate, praesentium expressius inhibemus, quum concessam tibi ab apostolo tantum in Domino liberam habeas facultatem.

⁴⁴ X.4.19.7, X.4.19.8. Cuando se habla de la disolución por el privilegio paulino, se reafirma también la validez del matrimonio entre infieles, que sólo podría ser disuelto cuando exista la *contumelia Creatoris*.

⁴⁵ X, 4, 9, 1: *De coniugio servorum.* *Servus, contradicente domino, matrimonium contrahere potest; sed propter hoc non liberatur a servitiis domino debitis.* Adrianus Sancteburgensi Archiepiscopo.

⁴⁶ X, 4, 8, 2: *De coniugio leprosororum.* *Coniuges propter lepram separandi non sunt a coniugio et contrahere possunt matrimonium, et invicem sibi reddere debitum tenentur.* Idem Baionensi Episcopo.

⁴⁷ X.4.1.24: *Furiosus matrimonium contrahere non possunt.* (Innocentius III. Vercellensi Episcopo [5 de enero de 1205]). No es clara la fuente, pues el texto podría provenir del Derecho Romano.

⁴⁸ X.4.6.1 y X.4.16.2.

ción, el problema de la prueba del matrimonio clandestino, los modos de reconocer el consentimiento que había sido dado clandestinamente⁴⁹. Como es claro, todos estaban de acuerdo sobre la validez de los matrimonios clandestinos, que se consideraban verdadero matrimonio, con todas las consecuencias. Por ello, en las Decretales se distingue, en los casos de imposibilidad de probar estos matrimonios, entre el fuero interno, en el cual existe el vínculo, y el fuero externo, en el cual un matrimonio celebrado públicamente prevalece sobre un matrimonio clandestino que no ha sido posible probar. La indisolubilidad del matrimonio clandestino, que es un verdadero matrimonio, es reconocida por la Iglesia, que afirma que no puede en modo alguno dispensarlo. Así se trata de alcanzar en las Decretales este difícil equilibrio entre *ius connubii* y necesidad de certeza jurídica. La forma *ad validitatem* modificará esta situación, proponiendo remedios más radicales a la plaga de los matrimonios clandestinos.

En conclusión, podemos afirmar que en el sistema del Derecho Clásico, el *ius connubii* era la premisa de la cual partía cualquier decisión relacionada con la celebración de un matrimonio o con su reconocimiento. El fundamento de esta actitud por parte de la autoridad eclesiástica lo hemos indicado en la fuerte conciencia, presente en la época del Derecho Clásico, sobre la inclinación natural al matrimonio como explicación de todo el sistema matrimonial. La autoridad, por lo tanto, se acercaba siempre con una actitud de respeto y de servicio, consciente de tener que analizar una realidad cuyo nacimiento dependía —utilizando una expresión actual— de la “soberanía” de los contrayentes, que eran los únicos que podían dar vida al vínculo matrimonial.

El estudio detallado del sistema matrimonial clásico, del cual ahora sólo hemos dado algunos ejemplos, demuestra cómo, en lo que se refiere al matrimonio, era un sistema substancialmente armónico, en el cual eran tenidos en cuenta los diversos elementos que constituyen el vínculo jurídico matrimonial. El sistema trataba de identificar los elementos del consentimiento matrimonial, además de los elementos que la misma naturaleza humana, social y eclesial del matrimonio entre los bautizados exigía para que el consentimiento fuese tal y para que se lo pudiera reconocer.

Así mismo, nos damos cuenta de que el modo de regular el matrimonio era muy diferente del que utilizaba la autoridad para regular otros institutos. Por ejemplo, en la sistemática jurídica del orden sagrado y del estado religioso, se entrevé una actitud de la autoridad según la cual la última palabra correspondía a

⁴⁹ Cfr. el Título III del *Liber Quartus: De clandestina desponsatione*.

la Iglesia, que determinaba quién y a qué condiciones podía ser admitido al orden sagrado o al estado religioso. En el matrimonio, por el contrario, no se habla casi nunca de requisitos y el modo de legislar o de gobernar refleja un enfoque muy diferente: no es la Iglesia quien admite al matrimonio, sino los mismos fieles quienes se casan. La mayor parte de los cánones que regulan el matrimonio reflejan esta tutela del derecho de los fieles. El sistema matrimonial clásico se nos muestra, en fin, como un gran esfuerzo de especificación, más que de limitación, del derecho al matrimonio y de los requisitos para su ejercicio, que el mismo instituto —natural y sacramental— determina.

En este sistema hay una regulación del *ius connubii* substancialmente unitaria que durante la evolución histórica se ha ido perdiendo por el olvido en que ha caído la inclinación natural al matrimonio como realidad que implica toda la persona, no sólo su dimensión corporal. Por este olvido, el consentimiento se ha convertido en un simple acto de voluntad y la consumación del matrimonio ha pasado a ser un elemento en cierto modo extrínseco a la formación del vínculo matrimonial, con consecuencias sólo en la dimensión sacramental del matrimonio entre dos bautizados y en la determinación de la impotencia como impedimento. Piénsese, por ejemplo, en la opinión de Sánchez sobre el uso de razón de los siete años como suficiente para la celebración del matrimonio. Posiblemente ésta es una de las causas por las que se dio tan poca importancia al *ius connubii* en la primera codificación de la Iglesia.

C. EL CONCILIO DE TRENTO

Sin duda alguna, el Concilio de Trento representa un momento de inflexión del sistema, sobre todo por los fuertes ataques sufridos por parte de la doctrina luterana, que niega la jurisdicción de la Iglesia sobre el matrimonio, ataca los impedimentos como limitaciones injustas al *ius connubii*, afirma la nulidad de las uniones clandestinas, además de negar la misma dimensión sacramental del matrimonio entre bautizados.

Ante estos ataques, la Iglesia trata de profundizar en la realidad matrimonial, dando respuesta a los problemas presentados por la Reforma protestante. Esquemáticamente, en lo que se refiere al derecho al matrimonio y al modo de concebir el sistema matrimonial, el Concilio da las siguientes respuestas:

a) Defiende claramente el *ius connubii* desde su vertiente de libertad para la elección del propio cónyuge, de frente a las presiones por parte de los príncipes,

señores o magistrados, afirmando que es gravemente injusto que sea violada la libertad del matrimonio, con mayor razón si esta injusticia proviene de quien debería garantizar el exacto respeto de las leyes⁵⁰.

b) Reafirma la potestad de la Iglesia de establecer normas sobre el matrimonio, diciendo que por derecho nativo la Iglesia tiene el poder de emanar normas que regulen el matrimonio, así como de juzgar sobre la validez o la licitud del matrimonio de los bautizados y establecer la separación temporal o perpetua de los cónyuges⁵¹.

c) Reelabora la legislación sobre los impedimentos matrimoniales, confirmando algunos y redimensionando otros que, con el transcurso del tiempo, habían adquirido tal complejidad que, en no pocos casos, podían efectivamente significar una injusta limitación del ejercicio del *ius connubii*, como ocurría con los impedimentos de parentesco. En concreto, se limita el impedimento de parentesco espiritual al padrino o padrinos, que no pueden ser más de dos, sea en el bautismo que en la confirmación⁵²; limita el impedimento de pública honestidad⁵³; afirma su potestad para establecer impedimentos de parentesco diversos de los consagrados en el Levítico 18, 6-18⁵⁴ y establece normas para la dispensa de los impedimentos⁵⁵; confirma el impedimento de raptó y establece graves sanciones para el raptor y quienes lo hayan ayudado⁵⁶.

d) Reafirma la validez, en sí mismos, de los matrimonios clandestinos celebrados hasta el momento, y niega que el consentimiento de los padres sea un requisito para la válida celebración del matrimonio. Sin embargo, decide establecer, con el Decreto *Tametsi*, uno de los más discutidos del Concilio, la exigencia de una forma canónica *ad validitatem*⁵⁷.

⁵⁰ CONCILIO DE TRENTO, *Sessio XXIV*, 11 de noviembre de 1563, Decr. *Tametsi*, cap. 9.

⁵¹ IDEM, Cánones sobre el matrimonio, nn. 4, 8, 11, 12.

⁵² IDEM, Decr. *Tametsi*, cap. 2.

⁵³ *Ibidem*, cap. 3-4.

⁵⁴ IDEM, Cánones sobre el matrimonio, n. 3.

⁵⁵ IDEM., Decr. *Tametsi*, cap. 5.

⁵⁶ *Ibidem*, cap. 6.

⁵⁷ *Ibidem*, cap. 1. Hubo cuatro proyectos, objeto de muchas discusiones, hasta llegar a la aprobación definitiva del Decreto, en la XXIV Congregación General del Concilio. Sobre el tema, cfr. I. MARTÍNEZ DE ALEGRÍA, *La forma extraordinaria del matrimonio canónico*, Madrid 1994, pp. 63-87 y N. SCHÖCH, *La solennizzazione giuridica della «forma canonica» nel decreto Tametsi del Concilio di Trento*, en «Antoniana» 72 (1997), pp. 637-672.

Del estudio y del análisis de la evolución del sistema matrimonial a partir de Trento, nos parece que se puede concluir que el Concilio significó, tal vez inconscientemente, una modificación sustancial del modo de concebir el sistema matrimonial. Las razones, en nuestra opinión, serían las siguientes:

a) La necesidad, por parte de la Iglesia, de defender su jurisdicción sobre el matrimonio, ante las pretensiones de los protestantes y de los príncipes seculares, hizo que el centro de atención se desplazara de la potestad de los contrayentes para fundar el matrimonio, entendiendo el conjunto normativo como respuesta de la Iglesia ante las exigencias del *ius connubii*, a una concepción rígida del sistema matrimonial, como régimen normativo al cual están sometidos los bautizados. De este modo, quedaba desdibujado el papel central de los contrayentes en la fundación del vínculo matrimonial. Se entienda bien: no es que se negara el papel insustituible de los contrayentes, como demuestra la constante defensa de la centralidad del consentimiento como causa eficiente del vínculo, sino que el modo de entender el ordenamiento, poco a poco, desplaza el punto de mira del sistema entendido como respuesta a la realidad o no del vínculo, al sistema como conjunto de requisitos que deben ser observados para que dos personas puedan ser consideradas como marido y mujer.

b) Junto a este problema, se añade el de la forma canónica *ad validitatem*, que modifica en un elemento central todo el sistema. El matrimonio, al convertirse en un negocio jurídico formal, permite que toda la atención de la autoridad que debe juzgar sobre él pueda centrarse en el único momento de manifestación formal del consentimiento. Hasta Trento, cuando la forma no era un requisito para la validez, la actitud de la autoridad que juzgaba sobre el matrimonio debía ser una actitud de apertura y de estudio de toda la realidad matrimonial: ante el caso concreto, no bastaba analizar si en el momento de manifestación formal el consentimiento era verdadero, porque era posible que, en un momento dado, una realidad que en un inicio no era matrimonial se convirtiera en verdadero matrimonio. Por ello, la autoridad, sin reducir su análisis al único momento de la manifestación externa del consentimiento, debía analizar toda la realidad, haciendo un esfuerzo para discernir, ante el caso concreto, si se encontraba ante un verdadero matrimonio que debía ser reconocido y protegido como tal. La forma *ad validitatem*, en cambio, permite que el juicio se centre sobre el momento manifestativo formal, con el peligro de incurrir en una actitud formalista que se conforma con discernir si en el momento de la manifestación formal del consentimiento se cumplían todos los requisitos establecidos por el ordenamiento para el reconocimiento de una unión como verdaderamente matrimonial, dejando de lado la posibilidad de una posterior convalidación y consiguiente nacimiento de

un verdadero vínculo matrimonial. Con una concepción así, el sistema dejaría de ser entendido como respuesta de la autoridad a las exigencias de la realidad matrimonial, para pasarse a una concepción del ordenamiento como conjunto de normas que determinan las características del matrimonio entre los bautizados, con el peligro de una concepción extrínseca e impositiva del sistema, como un sistema de limitación de la libertad de los contrayentes. Luego veremos las consecuencias de ello ante la evolución de la concepción cultural del hombre, de la sexualidad y del matrimonio.

En nuestra opinión, la forma no ha sido un simple elemento que se ha añadido al sistema, sino que ha modificado el modo de entender todo el sistema matrimonial. Si bien es cierto que sirvió como medio eficaz para resolver el grave problema de los matrimonios clandestinos, pensamos que es necesario hacer un esfuerzo de profundización para entender su sentido en el sistema y para encontrar correctivos a la excesiva rigidez y formalismo en que por ella puede incurrir —y, en nuestra opinión, ha incurrido— el sistema matrimonial. Muchos de estos problemas de concepción persisten en el sistema vigente. Haremos alguna mención a ello cuando hablemos de la forma en el sistema actual, siempre desde la óptica del *ius connubii*. En toda esta problemática, sin embargo, conviene poner de relieve que una cosa es la forma en sí, y otra los equívocos del formalismo. El Decreto *Tametsi* favoreció el formalismo, pero en cuanto tal no hizo más que corregir un grave defecto del sistema, un mal lamentado durante siglos y que no había encontrado remedio eficaz. Por otra parte, el principio formal ha sido y es un elemento típico de toda configuración cultural y social de la celebración del matrimonio⁵⁸.

⁵⁸ Cfr. R. NAVARRO-VALLS, *Matrimonio y derecho*, cit., pp. 31-32: «Todo, sin embargo, era inútil, puesto que no se daba el paso decisivo: establecer una forma *ad validitatem* y sancionar con la nulidad los matrimonios clandestinos. La cuestión no era nada sencilla, pues en ella se mezclaban, a la vez, una incertidumbre y una convicción. La incertidumbre se movía en el marco de una explicable confusión: la que parecía existir entre forma teológica, jurídica y litúrgica en el matrimonio. La convicción partía del dato doctrinal de que el matrimonio, teológica y jurídicamente, se constituye esencialmente en el simple intercambio del consentimiento. Esta incertidumbre y esta convicción se manifestarán en Trento de modo llamativo y hasta dramático. Se trataba, en realidad, de reinterpretar sin destruir, la “tiranía jurídica” que sobre todo Occidente ejercía la doctrina del *solus consensus*, es decir, el “prejuicio consensualista” (...). La delicada operación, como es bien sabido, tuvo lugar en Trento».

D. LOS PROCESOS CODIFICADORES.

1. El CIC 17

La primera codificación de la Iglesia, como decíamos anteriormente, refleja el empobrecimiento sufrido por la noción de *ius connubii* como principio del sistema matrimonial. Sin duda, además de las mencionadas razones, contribuyó a ello la concepción del matrimonio como *res mixta*, además de la lucha por la jurisdicción sobre el matrimonio por parte de la Iglesia y los Estados.

Según el canon 1035 del Código de 1917, «Omnes possunt matrimonium contrahere, qui iure non prohibentur». Este canon tiene una redacción muy cercana a la Decretal de Gregorio IX precedentemente citada sobre el derecho a celebrar el matrimonio: «Mutus et surdus, et omnes, quin non prohibentur, matrimonium contrahere possunt»⁵⁹. Sin embargo, en las fuentes del canon no se menciona esta decretal. En los trabajos de codificación hubo una encendida discusión sobre dos puntos —la redacción del canon y su ubicación sistemática— que, nos parece, podría ayudar a entender la naturaleza de este derecho y el porqué del reduccionismo a que ha sido sometido por parte de la doctrina canónica.

En los primeros votos y esquemas sobre el libro del matrimonio, el *ius connubii* había sido situado entre los cánones preliminares del matrimonio, y en la redacción se hacía referencia tanto al derecho a contraer el matrimonio como al derecho a escoger libremente el estado matrimonial o el del celibato. Ante la propuesta de eliminar la primera parte del canon, por cuanto a ello se debía hacer mención en los cánones generales sobre los impedimentos, prevaleció la opinión de eliminar todo el canon y de trasladar el texto relativo al *ius connubii* a los cánones generales sobre los impedimentos⁶⁰, produciéndose así una reduc-

⁵⁹ X, 4, 1, 23: «Sane, consulisti nos per nuncios et litteras tuas, utrum mutus et surdus alicui possint matrimonialiter copulari. Ad quod fraternitati tuae taliter respondemus, quod, quum prohibitorium sic edictum de matrimonio contrahendo, ut, quicumque non prohibetur, per consequentiam admittatur, et sufficiat ad matrimonium solus consensus illorum, de quorum quarumque coniunctionibus agitur, videtur, quod si talis velit contrahere, sibi non possit vel debeat denegari, quum quod verbis non potest signis valeat declarare [Dat. Rom. ap. S. Petr. Id. Iul. 1198]».

⁶⁰ Indicamos los diversos momentos de la redacción del canon, para ver cómo al final, al proponerse la eliminación de una parte sustancial del canon, precisamente porque de ello se debía hablar al referirse a los impedimentos, el canon cayó en el olvido y fue eliminado de los cánones generales sobre el matrimonio:

a) Votum F. DESHAYES (1905) (ASV, Scatola 35, n. 50), can. 6: «Cuilibet, lege naturae, ius est

ción del alcance de la norma, que se ha manifestado en la doctrina posterior al Código del 17 y que todavía hoy está presente en los manuales y tratados de Derecho Matrimonial.

De este modo, el canon que explícitamente se refiere al derecho a celebrar el matrimonio se convirtió en un principio de interpretación de los cánones sobre los impedimentos, reduciéndose su influencia y alcance en el sistema matrimonial⁶¹. Ya no sería, al menos si nos ceñimos a la norma y a su colocación sistemática, un principio inspirador de todo el sistema matrimonial, sino un principio que, en estrecha relación con los cánones sobre los impedimentos, ayudaría a la interpretación de éstos. La doctrina post-codicial habría simplemente interpretado esta norma en un modo coherente con su colocación sistemática en el conjunto de los cánones sobre los impedimentos.

2. El CIC 83 y el CCEO

El itinerario del canon 1058 sobre el *ius connubii* en el Código de 1983 ha sido más sencillo. Los Consultores, en un principio, decidieron no cambiarlo, dejándolo entre los cánones generales sobre los impedimentos. Hubo una propuesta de transferirlo a los cánones preliminares sobre el matrimonio que fue rechazada por los Consultores. Sin embargo, al final de los trabajos de redacción este cambio fue hecho y el canon quedó entre los preliminares sobre el matrimonio. Este es, sin lugar a dudas, el lugar más adecuado para una norma que refleja un principio general del sistema matrimonial de la Iglesia, en cuanto el *ius connubii* es un derecho fundamental de la persona y del fiel en la Iglesia, consecuencia de

ad matrimonium, nemini autem fieri potest obligatio illud contrahendi, ideoque licitus est, imo et potior, status [religiosi] caelibatus».

b) Votum CAROLI LOMBARDI (1905). (ASV, Scatola 35, n. 51): can. 2 § 1: «Matrimonii ineundi capaces sunt omnes et singuli, sive baptizati sive non, qui legitime haud prohibentur».

c) Esquema de los cánones preliminares (ASV, Scatola 55)

Esquema III, can. 4: «Sacramentum matrimonii contrahere possunt omnes qui non prohibentur; sed nemini est obligatio illud contrahendi».

Nota al esquema: «Onde evitare la ripetizione del principio: contrahere possunt omnes qui non prohibentur, che deve essere certamente enunciato al principio del cap. III, alcuni Consultori preferirebbero redigere il presente canone nel modo seguente: Nemini est obligatio matrimonium contrahendi, imo quisque potest ad caelibatum servandum sese propter Deum adstringere ».

⁶¹ Cfr. los votos de BASILII POMPILI (1905) (ASV, Scatola 36, n. 57) y de O. GIORGI (1905) (ASV, Scatola 36, n. 58); los esquemas I de oficio (ASV, Scatola 55), II (ASV, Scatola 55), y el esquema de 1906 aprobado, que se convertirá en el can. 1035 (ASV, Scatola 56): «Omnes possunt matrimonium contrahere, qui iure non prohibentur».

la vocación al matrimonio de la mayor parte de los fieles cristianos, que debe ser reconocido y protegido por la autoridad y la comunidad eclesial⁶². Precisamente en esta estrecha relación entre *ius connubii* y derechos fundamentales se funda la referencia que parte de la doctrina más reciente hace al canon 219 del Código vigente —en el cual se afirma la libertad en la elección del propio estado de vida— cuando estudia el fundamento y contenido del *ius connubii*⁶³.

La evolución del canon del CCEO es similar a la del CIC 83. Según el canon 778: «omnes possunt matrimonium inire qui iure non prohibentur». Es un canon situado entre los preliminares. También en este caso, al principio se pensó incluirlo entre los cánones sobre los impedimentos, pero al final prevaleció la misma opinión del Código Latino⁶⁴.

⁶² Cfr. *Communicationes* III (1971), p. 73: «Can. 1035 de iure fundamentali matrimonium contrahendi non fuit mutatus»; *Communicationes* IX (1977), p. 132 (adunatio IV: la primera el 21 de febrero de 1977): «Can. 259 (CIC 1035): Omnes possunt matrimonium contrahere qui iure non prohibentur».

Se recogen algunas observaciones a los cánones hechas por los órganos de la Consulta:

«-Sono stati fatti alcuni suggerimenti da parte di un'università, che ha proposto questa formula: "Omnes Christifideles ius habent contrahendi matrimonium, nisi impedimento detineatur in iure expresse sancito".

-I Consultori, dopo una breve discussione circa questa formula, hanno deciso di conservare il testo proposto nello schema, che prevede una formula generalissima.

-È stato anche suggerito che il canone sia messo tra i canoni preliminari sul matrimonio, ma questo suggerimento non è piaciuto ai Consultori, in quanto sembra più adatto questo luogo, in cui si regolano i casi in cui manca il diritto a contrarre il matrimonio».

⁶³ Cfr. J.I. BAÑARES, *El «ius connubii», ¿derecho fundamental del fiel?*, cit., pp. 233-261; J.P. SCHOUPPE, *Lo «ius connubii» diritto della persona e del fedele*, cit., pp. 195-235.

⁶⁴ Presentamos los principales momentos de la redacción del canon:

a) Esquema presentado a los órganos de consulta el 2 de junio de 1980 (*Nuntia* 10 (1980), p. 43). El canon introducía los cánones sobre los impedimentos: «caput II, can. 128 (CA 25, 26): §1. Omnes possunt matrimonium inire, qui iure non prohibentur. §2. Impedimentum, quamvis ex alterutra tantum parte se habeat, alteram partem etiam afficit cum iisdem iuridicis effectibus, nisi aliud expresse caveatur».

b) Del 1 al 12 de junio de 1981 se constituyó un grupo de estudio con la finalidad de analizar todas las observaciones hechas al esquema precedente (*Nuntia* 13 (1981), pp. 121-122).

c) Denua recognitio del esquema de los cánones el culto divino y los sacramentos (*Nuntia* 15 (1982), pp. 3-97): «can. 115 bis (CA 25): Omnes possunt matrimonium inire qui iure non prohibentur. Questo testo non è altro che il § 1 del canone 128 dello schema. Il suo trasferimento in questo luogo è una decisione presa durante la revisione del can. 128. (p. 57). can. 128 (CA 25, 26): Il gruppo di studio, come già notato sopra, trasferisce la norma contenuta nel § 1 al can. 115 bis».

d) Esquema general del Código, en *Nuntia* 24-25 (1987), p. 142. can. 772: «Omnes possunt

E. CARACTERÍSTICAS DEL «IUS CONNUBII»

Realizado el análisis del *iter* de la regulación del *ius connubii* en los principales momentos de la evolución del sistema matrimonial canónico, pasamos ahora al estudio del contenido de este derecho. Teniendo en cuenta el enfoque seguido desde el inicio de nuestras consideraciones, sostenemos que no se debe reducir la comprensión y el análisis del *ius connubii* a un único canon del Código de Derecho Canónico, como suele hacer la doctrina. El canon 1058 es una clara manifestación del *ius connubii*, no siendo sin embargo la única. Este canon expresa uno de los aspectos del derecho al matrimonio, en la medida en que afirma el derecho de todos a celebrar el matrimonio. Pero este derecho, que es consecuencia de un principio del derecho natural, tiene sus concreciones y manifestaciones en todo el sistema matrimonial de la Iglesia. Un derecho fundamental sin un sistema que lo reconozca, proteja y promueva, quedaría como un principio ineficaz. Con esta premisa, pasamos al análisis de las características del *ius connubii*.

1. Es un derecho fundamental.

El *ius connubii* es un derecho fundamental de la persona, consecuencia de la inclinación natural al matrimonio. Cada hombre, por el hecho de ser tal, es portador de una tendencia al matrimonio que tiene su fundamento en la complementariedad entre los sexos. Esta inclinación implica no sólo la simple atracción entre los sexos, sino que engloba el hombre en todos sus niveles o planos: corporal, afectivo y espiritual. La complementariedad entre el hombre y la mujer, según cuanto hemos dicho, se concreta en el matrimonio, único camino de ejercicio de la sexualidad digno del ser humano.

No nos detendremos, en este momento, en las innumerables afirmaciones del Magisterio de la Iglesia sobre esta realidad. Queremos ahora sólo subrayar la centralidad de este derecho, que no tiene su origen en el reconocimiento por parte de la Iglesia o de la sociedad civil, sino en aquella realidad con tanta claridad expresada por la Escritura: «el hombre abandonará a su padre y a su madre y se unirá a su mujer y los dos serán una sola carne» (Gen 2,24). Es decir, el derecho al matrimonio y a formar una familia es un derecho fundamental de la persona

matrimonium inire, qui iure non prohibentur».

e) Redacción final aprobada. Queda la misma redacción y en el mismo lugar, entre los cánones preliminares sobre el matrimonio, convirtiéndose en el vigente canon 778.

humana, que debe ser necesariamente reconocido por la sociedad civil y la comunidad eclesial⁶⁵.

Es, además, un derecho de todos los hombres, de carácter universal y no sólo de los fieles católicos. La Iglesia reconoce el derecho al matrimonio de todos los hombres, aunque en algunos casos, motivada por la exigencia de proteger bienes mayores, establezca prohibiciones que, a primera vista, podrían parecer una limitación del *ius connubii*, como sucede, por ejemplo, con el impedimento de disparidad de culto o con los requisitos para la celebración lícita del matrimonio entre un bautizado católico y un bautizado no católico. La regulación del *ius connubii* de los no católicos será competencia de las respectivas comunidades religiosas o de la comunidad política, siempre en el respeto de las exigencias del derecho natural al matrimonio de cada persona y salva la jurisdicción de la Iglesia en algunas circunstancias⁶⁶.

2. Para los fieles católicos, el «ius connubii» es también un derecho fundamental del fiel.

Entre los bautizados, el matrimonio es también sacramento: «Quare inter baptizatos nequit matrimonialis contractus validus consistere, quin sit eo ipso sacramentum» (can. 1055 §2). Por otra parte, el matrimonio es una vocación divina, como ha afirmado en varias ocasiones el Magisterio de la Iglesia, sobre todo a partir del Concilio Vaticano II⁶⁷. Estas afirmaciones del Magisterio tienen una

⁶⁵ Cfr. *Carta dei diritti della famiglia*, en «Enchiridion Vaticanum» 9, pp. 468 ss.: «Ogni persona ha il diritto alla libera scelta del proprio stato di vita, e perciò a sposarsi e a formare una famiglia oppure a restare celibe o nubile:

a) Ogni uomo e ogni donna, che ha raggiunto l'età del matrimonio e ne ha la necessaria capacità, ha il diritto di sposarsi e di formare una famiglia senza alcuna discriminazione; restrizioni legali all'esercizio di questo diritto, sia di carattere permanente che temporaneo, possono essere introdotte solamente quando sono richieste da gravi ed oggettive esigenze dello stesso istituto matrimoniale e della sua rilevanza sociale e pubblica; e devono, in ogni caso, rispettare la dignità ed i diritti della persona.

b) Coloro che desiderano sposarsi e formare una famiglia hanno il diritto di attendersi dalla società quelle condizioni morali, educative, sociali ed economiche che li mettano in grado di esercitare il loro diritto a sposarsi in piena maturità e responsabilità».

⁶⁶ Cfr. J. LLOBELL, *La jurisdicción de la Iglesia sobre los matrimonios no obligados a la forma canónica*, en «Actas del XX Curso de Actualización en Derecho Canónico. Universidad de Navarra. 18-20 de septiembre de 1996. Forma jurídica y matrimonio canónico», Pamplona 1998, pp. 183-216.

⁶⁷ CONCILIO VATICANO II, *Lumen Gentium*, 41; *Gaudium et Spes*, 48; *Apostolicam Actuositatem*, 11; JUAN PABLO II, *Familiaris Consortio*, 11, 13, 55 y *Carta a las Familias*, 18.

gran importancia también en relación con el *ius connubii*: entre los bautizados se podría hablar, en cierto modo, de un derecho al sacramento del matrimonio, que encuentra uno de sus fundamentos en la vocación al matrimonio y en el derecho que de ella surge y a los medios para obtener la gracia⁶⁸. Se puede también afirmar que el *ius connubii* es una consecuencia del derecho fundamental a la libertad de elección del propio estado dentro de la comunidad eclesial, consagrado por el canon 219.

Esta característica del *ius connubii* dimana de la dimensión sacramental del pacto conyugal entre los bautizados. Por ello, no hay ninguna dificultad en aceptar la afirmación de que existe un derecho fundamental al sacramento del matrimonio o, con más precisión, un derecho al matrimonio que es sacramento, si se admite, por una parte, que el *ius connubii* es un derecho fundamental del fiel y, por otra parte, que entre bautizados la misma realidad matrimonial tiene dimensión sacramental: los problemas podrían surgir si no se distingue claramente entre realidad sacramental y dimensión litúrgica. Por lo tanto, impedir el sacramento del matrimonio a un bautizado no sería otra cosa sino el negarle el *ius connubii*, siempre que existan las condiciones de habilidad y de capacidad exigidas por el derecho para la válida celebración del matrimonio.

El problema de la celebración del matrimonio de los católicos que se han alejado de la fe ha sido objeto de encendidas discusiones, que escapan del ámbito de nuestro análisis. Hay un pasaje de la *Familiaris Consortio*, 68 que indica el camino a recorrer en la solución de estas situaciones, dando respuestas concretas al problema de la celebración del matrimonio de los fieles que se han alejado de la fe o de la práctica religiosa⁶⁹.

Los pastores, se afirma en la *Familiaris Consortio*, deben admitir al matrimonio a aquellos fieles que, estando alejados de la fe, hayan pedido espontánea-

⁶⁸ Cfr. J.P. SCHOUPPE, *Lo «ius connubii» diritto della persona e del fedele*, cit., pp. 210-211: «Dato che per principio ogni matrimonio valido tra battezzati è sacramentale, alcuni canonisti parlano di un diritto naturale al sacramento. Può stupire che un diritto naturale come tale possa vertere su una realtà di ordine soprannaturale. Questa difficoltà svanisce se si analizza la situazione nel modo seguente: in realtà c'è un diritto naturale al matrimonio (naturale) che, tra battezzati, non si cancella ma si trasforma in un diritto fondamentale dei fedeli al matrimonio. E, dato che tra battezzati il matrimonio non può essere che sacramentale o non essere, si può parlare in questo caso di un diritto fondamentale *ratione baptismi* al matrimonio-sacramento». De todos modos, la expresión "derecho natural al sacramento" no es muy feliz, porque estamos hablando de una realidad por definición "sobrenatural" aunque, como hemos advertido, esté de por medio la inseparabilidad.

⁶⁹ JUAN PABLO II, *Familiaris Consortio*, 68.

mente la celebración del matrimonio en la Iglesia. Existen diversas posibilidades pastorales que tienen en cuenta estas situaciones y que, sin negar el derecho al matrimonio —al matrimonio-sacramento, en el caso de los bautizados—, pueden dar respuesta a las dificultades que se podrían presentar en estos casos. Nos referimos a las diversas posibilidades de celebración establecidas en el ritual del matrimonio, a la posibilidad de la dispensa de la forma canónica en algunos casos previstos, etc.

Si falta la fe en uno o en ambos contrayentes, no se puede por ello cerrar las puertas al matrimonio sacramental, única posibilidad para los bautizados. Por otra parte, establecer *a priori* un determinado grado de fe en los contrayentes implicaría una grave violación del derecho fundamental al matrimonio. La actitud de los pastores, más que de rechazo, debe ser de acogida. Si hay aquella rectitud de intención a que hace referencia la Exhortación Apostólica, el pastor debe aprovecharse de ella para acercar de nuevo a la fe a quienes se habían alejado: la preparación al matrimonio, además de la misma preparación de la ceremonia litúrgica, son un momento óptimo para la renovación de la vida de fe, y el amor —caridad— esponsal podrá convertirse en el camino para volver al amor de Dios.

3. En cuanto derecho fundamental, el «ius connubii» es un derecho inalienable, irrenunciable y perpetuo.

Ninguna autoridad humana debe ignorar este derecho de toda persona. Así ha sido establecido por la Iglesia y por la gran mayoría de los Estados en el propio derecho constitucional. Indudablemente, en ellos encontramos una gran diversidad y muchas veces el modo de concebir este derecho o el modo de regularlo deja mucho que desear.

Es también un derecho irrenunciable en cuanto tal, lo que no quita, sin embargo, la posibilidad de renunciar libremente a su ejercicio, por la elección de otra vocación o por la simple decisión de no contraer matrimonio. Esta posibilidad de renunciar libremente al ejercicio del *ius connubii* es uno de los fundamentos del derecho de la Iglesia para tipificar algunos impedimentos: voto religioso y orden sagrado. En el caso de estos dos impedimentos, más que una pérdida del *ius connubii*, nos encontramos con la constitución de situaciones jurídicas dentro de la Iglesia que por su misma naturaleza admiten una declaración de incompatibilidad con el matrimonio. En lo que se refiere al voto, es clara la incompatibilidad entre el voto de castidad con sus características concretas, que implica una clara voluntad de renuncia al ejercicio del derecho al matrimonio. El impedimento de orden sagrado, en la tradición eclesiástica, tiene su origen en la obligación del

celibato, fruto de un don de Dios, que asumen los clérigos. Podría no ser así, como claramente afirma la Iglesia, pero también es cierto que el celibato sacerdotal ha sido entendido por la Iglesia latina como un don y una corona, y quien lo asume lo hace libremente, consciente de que el celibato, sin quitarle nada de su dignidad al matrimonio, es un don divino, y la Iglesia tiene el derecho, por una parte, de escoger sus sacerdotes de entre los llamados al celibato y, por otra parte, de establecer instrumentos jurídicos eficaces, como es el impedimento de orden sagrado, para protegerlo.

Es, en fin, un derecho perpetuo, que acompaña a la persona durante toda su existencia y que no se agota con la sola celebración de las nupcias, porque implica también el matrimonio en su despliegue. Para entender esta perpetuidad es necesario tener en cuenta la distinción hecha antes entre el derecho y su ejercicio. No existen motivos, fuera de los que dimanen del mismo derecho natural o de las exigencias del bien común, que puedan justificar que quede suspendido o que se pierda la posibilidad de ejercer el derecho al matrimonio en una persona que es hábil y capaz para contraerlo. Luego haremos alguna referencia a los casos en que la autoridad podría, por causas graves, impedir el matrimonio, fuera de los supuestos establecidos por la ley universal.

Querríamos hacer alguna referencia, a modo de *excursus*, a un problema reciente y, al mismo tiempo, antiguo, por su importancia y por las dificultades que ha suscitado a la ciencia canónica contemporánea, en lo que se refiere a la determinación y defensa del derecho al matrimonio, sobre todo desde este punto de vista de la inalienabilidad, perpetuidad e irrenunciabilidad del *ius connubii*. Nos referimos al derecho al matrimonio de quienes han sido contagiados del virus HIV, causante del SIDA. Decíamos que el problema es al mismo tiempo antiguo porque las enfermedades altamente contagiosas han estado presentes desde el exordio de la humanidad y, por tanto, el derecho ha tratado de dar solución a las dudas surgidas al respecto en lo que se refiere al derecho al matrimonio. Ya hacíamos alguna referencia al problema cuando analizábamos el problema de la lepra y la regulación del *ius connubii* en el Decreto y en las Decretales⁷⁰. Encontramos también afirmaciones muy claras en el Magisterio de la Iglesia, que defiende el derecho al matrimonio de las personas gravemente enfermas o que pa-

⁷⁰ Cfr. H. FRANCESCHI, *AIDS e capacità matrimoniale: approccio storico al problema delle malattie infettive nel matrimonio*, en S. GHERRO E G. ZUANAZZI (a cura di), *Matrimonio Canonico e AIDS*, Torino 1995, pp. 77-90. En la misma obra, son interesantes los artículos de S. GHERRO, *Considerazioni canonistiche preliminari su matrimonio e AIDS*, pp. 5-18 y M.F. POMPEDDA, *Problematrice di Diritto Canonico in relazione all'AIDS*, pp. 49-72.

decen una enfermedad infecciosa, como sería el caso, muy extendido en la sociedad de final de siglo, de los enfermos de SIDA, de quienes se podría poner en duda la misma capacidad de contraer matrimonio.

Dice Pío XI en la Encíclica *Casti connubii*: «Es, pues, necesario que sea reprobado este uso pernicioso que, próximamente, en verdad, se relaciona con el derecho natural del hombre a contraer matrimonio, pero que también pertenece en cierto sentido verdadero, al bien de los hijos. Hay algunos, en efecto, que, demasiado solícitos de los fines “eugenésicos”, no se contentan con dar ciertos consejos saludables para mirar con más seguridad por la salud y vigor de la prole, —lo cual, desde luego, no es contrario a la recta razón— sino que anteponen el fin “eugenésico” a todo otro fin, aun de orden más elevado, y quisieran que se prohibiese por la pública autoridad contraer matrimonio a todos los que según las normas y conjeturas de la ciencia, juzgan que habrían de engendrar hijos defectuosos por razón de la transmisión hereditaria, aun cuando sean de suyo aptos para contraer matrimonio»⁷¹. Es claro, por lo tanto, que los Estados —como tampoco la Iglesia— no pueden impedir el matrimonio de quienes son capaces para ello. El peligro, más aún, la seguridad de que los hijos nacerán enfermos, a juicio del Pontífice, no es motivo de incapacidad. Para entender esta afirmación es necesario aceptar que el bien de los hijos como bien del matrimonio no implica la posibilidad de tener una prole sana, ni siquiera la posibilidad de tener hijos, como claramente ha declarado el Legislador en el canon 1084 § 3.

El mismo Pontífice explica el motivo de esta afirmación, añadiendo las siguientes palabras: «Los hombres no se engendran principalmente para la tierra y el tiempo, sino para el cielo y la eternidad. Y de ninguna manera se puede permitir que a hombres de suyo capaces del matrimonio, se les considere gravemente culpables si lo contraen, porque se conjetura que, aun empleando el mayor cuidado y diligencia, no han de engendrar más que hijos defectuosos, aunque de ordinario hay que aconsejarles que no lo contraigan»⁷². Una cosa es desaconsejar el matrimonio, otra muy diversa es prohibirlo.

También Pío XII hace referencia a la eugenesia, sosteniendo que la prohibición del matrimonio sería una vía que lleva al mismo fin reprobable del control de la “perfección” de la descendencia: «Existe, ciertamente, el derecho y, en muchos casos, el deber de advertir a aquellos que son realmente portadores de una herencia muy tarada, sobre el gravamen que pueden hacer gravitar sobre ellos

⁷¹ Pío XI, *Enc. Casti Connubii*, 24.

⁷² *Ibidem*.

mismos, el cónyuge o la descendencia: esta carga podría hacerse intolerable. Pero desaconsejar no significa prohibir. Pueden existir otros motivos, sobre todo morales y de orden personal, de tal importancia que justifiquen la celebración y el uso del matrimonio aun en tales circunstancias»⁷³.

En fin, pensamos que el sistema jurídico moderno, como ya hacía el sistema matrimonial clásico, debe enfrentar estos graves problemas con una actitud pastoral y jurídica de apertura, evitando unas soluciones que podrían ser injustas⁷⁴. Cada caso debe ser analizado a la luz de las circunstancias concretas y bajo la óptica de una noción realista y no ideal del matrimonio. Además, en no pocas situaciones los enfermos de SIDA o los seropositivos provienen de ambientes en los que el desorden moral ha estado muy presente: afirmar que, simplemente, no son capaces para celebrar el matrimonio, cuando muchas veces ya viven en situaciones irregulares, podría ser cerrarles las puertas a la regularización de su situación dentro de la Iglesia⁷⁵. La solución más sencilla no es muchas veces la solución justa.

4. Es un derecho que tiene un contenido determinado por la misma naturaleza y que tiene sus propios límites como, por ejemplo, la defensa de otros bienes: la fe, la vida, la libertad, la dignidad misma del matrimonio.

El *ius connubii* no puede ser concebido como un derecho arbitrario e ilimitado⁷⁶, sin tener en cuenta la verdad sobre el matrimonio y la familia. No es un

⁷³ Pio XII, *Allocuzione ai partecipanti nel Convegno Internazionale di Genetica Medica, il 7 settembre 1953*, en AAS 45 (1953), 605-607: «Certainement, on a raison, et dans le plupart des cas le devoir, de faire remarquer à ceux qui sont certainement porteurs d'une hérédité très chargée, quel fardeau ils sont sur le point de s'imposer à eux-mêmes, au conjoint et à leur descendance; ce fardeau deviendra peut-être intolérable. Mais déconseiller n'est pas interdire. Il peut y avoir d'autres motifs, surtout moraux et d'ordre personnel, qui l'emportent tellement qu'ils autorisent à contracter et à user du mariage même dans les circonstances indiquées». La traducción es nuestra.

⁷⁴ Sobre las diversas intervenciones de la Iglesia sobre el problema del SIDA, se puede ver la lista de documentos del magisterio realizada por F. ARMENTI, *AIDS: tra paura e solidarietà*, Foggia 1992, pp. 98-106.

⁷⁵ Cfr. I. ALVEROLA-J. MOYA, *El SIDA: medicina y ética*, Madrid 1991, pp. 121-122; C. CAFFARRA, *SIDA: Aspectos éticos generales*, Actas del IV Congreso Internacional sobre el SIDA, Roma 13-15-XI-1989, en «Dolentium Hominum» 13 (1990), p. 72; E. SGRECCIA, *SIDA y protección responsable*, Actas del IV Congreso Internacional sobre el SIDA..., cit., p. 271.

⁷⁶ No es sólo el derecho a estar inmune de alguna coacción externa, con la correspondiente obligación por parte de los individuos concretos y de la sociedad de respetar la libre elección, o un simple derecho de actuar libremente, sin ninguna limitación estructural de ese derecho, caso en

derecho a la libertad en el ejercicio de la propia sexualidad, sino el derecho a contraer el matrimonio como el único camino humano y humanizante en el uso de la sexualidad, que no es un simple instinto corporal, sino una tendencia que tiene su fundamento en la persona humana sexuada y, por lo tanto, en la complementariedad hombre-mujer, la cual implica toda la persona en sus diversos niveles: corporal, afectivo y espiritual.

La concepción del derecho al matrimonio como un fruto de la cultura, o como el resultado de un sistema jurídico que ha logrado imponerse sobre los demás, ha hecho que muchas veces este derecho se haya entendido en un modo radicalmente equivocado. Más que un derecho a la realización de la vocación al amor en el matrimonio, ha sido entendido como derecho a la libertad absoluta de elección —sin relación alguna con la verdad del hombre— en el ejercicio de la sexualidad.

Este enfoque, de acuerdo con la concepción imperante de la libertad —libertad como ausencia absoluta de determinación o de finalidad, en vez de como capacidad de escoger el bien, de autodeterminarse al bien⁷⁷— comporta graves consecuencias. Todos los éxitos de los defensores del amor libre, del divorcio, del matrimonio entre homosexuales, han sido enfocados como una victoria de la libertad contra las imposiciones de la cultura de un determinado momento, ahora superadas; o como una conquista de la libertad —indeterminación—, contra la naturaleza —que sería necesariamente determinada—⁷⁸. Si para la cultura y para la moral clásicas de Occidente el matrimonio era la unión de un hombre y una mujer para siempre, unión, por otra parte, abierta a la fecundidad, la cultura moderna ha desmontado, uno a uno, los fundamentos de esta concepción del matrimonio. El primer elemento que ha sufrido este ataque ha sido la indisolubilidad: ¿por qué sólo *para siempre*? La consecuencia de esta perspectiva ha sido la introducción del divorcio, no sólo como un *remedio* ante las crisis matrimoniales —remedio que discutimos— sino sobre todo como una defensa de la libertad de elección del hombre que debería quedar siempre abierta, es decir, como una conquista cultural. En la mayor parte de los ordenamientos estatales esta concepción ha llevado no sólo a una “ampliación” del derecho al matrimonio en el

el cual el derecho sería entendido como libertad absoluta en las propias decisiones en materia de sexualidad, sin tener en cuenta el objeto y el contenido natural de este derecho.

⁷⁷ Cfr. T. ALVIRA, *Naturaleza y libertad*, Pamplona 1985, pp. 103-128; J. CHOZA, *Manual de Antropología Filosófica*, Madrid 1988, pp. 371-375; S. PINKAERS, *Las Fuentes de la Moral Cristiana*, Pamplona 1988, pp. 485-498.

⁷⁸ Cfr. C.S. LEWIS, *Los cuatro amores*, Madrid 1991, pp. 129-131.

sentido de que las personas tendrían el derecho a celebrar un matrimonio disoluble, sino también a la negación del auténtico derecho al matrimonio de muchas personas, dado que el Estado no ha querido reconocer el derecho a contraer el matrimonio uno, indisoluble y abierto a la vida, reconociendo sólo diversas “formas” de celebración del matrimonio, cuyo contenido sería siempre el determinado por el Estado, que prevé obligatoriamente la posibilidad del divorcio⁷⁹.

Otro paso adelante en el vaciado del contenido *real* del *ius connubii* — aunque muchos lo entiendan como una conquista— ha sido la mentalidad anti-conceptiva, como fenómeno cultural, más que como una realidad aislada, que ha llevado a la ruptura entre sexualidad y fecundidad, con todo lo que esto implica de banalización de la sexualidad, de pérdida de la dimensión de misterio y de sentido de responsabilidad⁸⁰. El matrimonio no sería una unión entre el hombre y la mujer abierta o llamada a la fecundidad, sino una unión que puede tener las más variadas finalidades, llamada sobre todo a satisfacer el deseo de placer o la realización afectiva. Un paso más en el camino para entender el *ius connubii* como un simple derecho de libertad en el ejercicio de la sexualidad. La situación se hace más grave en los países en los que el Estado obliga a los cónyuges a regular la natalidad o promueve e impone campañas de esterilización. No hay duda que esta concepción de la sexualidad dificulta la comprensión de lo que realmente es el matrimonio.

Un paso sucesivo, presente en la resolución del Parlamento europeo que habla sobre el “derecho al matrimonio” de los homosexuales⁸¹, que ha sido recogida en diversas legislaciones estatales, sería la negación de la exigencia de la heterosexualidad: ¿por qué uno con una, sólo un hombre con una mujer? Rechazar el derecho al matrimonio entre dos hombres o entre dos mujeres, afirman, sería negar el ejercicio del derecho al matrimonio de estas personas. Este sería el último escalón en el vaciado del contenido del *ius connubii*, que no sería un derecho con un contenido que viene determinado por la misma naturaleza del derecho, que nace de la verdad sobre el hombre y el matrimonio, sino un simple derecho de libertad, entendiendo ésta como libertad absoluta de determinación y de

⁷⁹ Cfr. J.M. MARTÍ, «*Ius connubii*» y regulación del matrimonio, cit., pp. 149-176; A. DE FUENMAYOR, *El derecho a contraer un matrimonio civilmente indisoluble (el llamado divorcio opcional)*, en «Estudios de Derecho civil en homenaje a la memoria del prof. Lacruz Berdejo».

⁸⁰ Cfr. A. RUIZ RETEGUI, *Sobre el sentido de la sexualidad*, en «Anthropotes» 4 (1988), pp. 230-233.

⁸¹ Resolución del Parlamento Europeo del 8 de febrero de 1994, sobre la “paridad de derechos para los homosexuales en la Comunidad”.

elección⁸². Más que de un derecho a contraer el matrimonio, se debería hablar de un derecho a contraer: qué cosa, desde esta visión nadie lo sabría definir.

Contra esta concepción del derecho al matrimonio se debe afirmar una visión más conforme con la *verdad* sobre el hombre y sobre el matrimonio, que tiene en cuenta la naturaleza de la sexualidad humana. El *ius connubii* tiene un contenido que es especificado —antes que limitado— por la misma naturaleza humana. Lo que ha hecho el sistema jurídico matrimonial de la Iglesia a lo largo de los siglos —con más aciertos que defectos— ha sido delinear este derecho, respetando su contenido natural esencial, teniendo también en cuenta la condición de persona-fiel de los contrayentes del matrimonio cuando es celebrado entre bautizados: éste es el motivo de algunas de las limitaciones al ejercicio del derecho al matrimonio por parte de los fieles. Así se entienden, por ejemplo, las normas que especifican los requisitos de capacidad, el impedimento de edad, el de vínculo anterior, como requisitos de derecho natural; o las normas que establecen los impedimentos de disparidad de culto, orden sagrado, voto de castidad, como exigencias que dimanarían de la naturaleza sacramental del matrimonio entre bautizados y de las relaciones que se dan entre los diversos miembros y condiciones en el Pueblo de Dios que es la Iglesia.

De este modo, se puede afirmar que el derecho al matrimonio, desde el punto de vista de su contenido esencial, determinado por la naturaleza, implica las siguientes realidades:

a) el derecho a contraer matrimonio uno, indisoluble y abierto a la fecundidad, y al reconocimiento, defensa y promoción de este derecho por parte de la Iglesia y de la sociedad civil⁸³.

b) el derecho a fundar una familia. El derecho al matrimonio y a su reconocimiento sería la primera manifestación de esta realidad: la soberanía de la familia como realidad en sí misma considerada⁸⁴.

⁸² Cfr. JUAN PABLO II, *Riflessioni in merito a gravi iniziative antifamiliari*, en «L'Osservatore Romano», 21-22 febbraio 1994, pp. 1 y 5; F. D'AGOSTINO, *L'identità della famiglia*, en «Rivista di teologia morale», 102 (1994), pp. 189-196; P. SCHLESINGER, *Una risoluzione del Parlamento europeo sugli omosessuali*, en «Vita e pensiero» 4 (1994), pp. 250-255.

⁸³ Cfr. JUAN PABLO II, *Carta a las Familias*, 16.

⁸⁴ Cfr. J. CARRERAS, *La giurisdizione della Chiesa sulle relazioni familiari*, en J. CARRERAS (a cura di), *La giurisdizione della Chiesa sul matrimonio e sulla famiglia*, Milano 1998, pp. 1-76.

c) el derecho a contraer el matrimonio así como la propia fe lo concibe. Por ello, el derecho a contraer matrimonio en la propia fe y al reconocimiento de este matrimonio por parte del Estado no es sólo un problema de libertad de conciencia o de libertad religiosa, sino un verdadero y propio problema de respeto del derecho al matrimonio⁸⁵.

d) el derecho de estructurar la propia familia según las convicciones personales. El derecho al matrimonio es diverso de otros derechos fundamentales, pero está en estrecha relación con ellos: la libertad religiosa, la libertad de pensamiento y de opinión, la libertad de las conciencias, la libertad de educación personal y de los propios hijos, etc.

5. Ejercicio del «*ius connubii*» y complementariedad entre hombre y mujer.

La experiencia demuestra que hablar de derecho al matrimonio fuera del ámbito de la ciencia canónica produce alguna perplejidad. Ante la afirmación de que las personas tienen el derecho de contraer matrimonio, no pocas veces la respuesta inmediata que encontramos en personas extrañas a la ciencia canónica es que tendrán este derecho siempre que encuentren alguien que quiera casarse con ellos. El *ius connubii* es, ciertamente, un derecho fundamental de la persona, pero su ejercicio debe ser, necesariamente, un ejercicio de dos, es decir, de aquellos que tienen un concreto proyecto de celebración del matrimonio. Trataremos de explicar esta afirmación que parece totalmente obvia.

El derecho fundamental al matrimonio se podría concebir de diversos modos: como un derecho del individuo, entendido como realidad en sí misma, autónoma de los demás, según una concepción individualista del hombre; o como un derecho de la persona, entendida como ser llamado a la relación y a la constitución de la comunión-comunidad familiar, según una auténtica concepción personalista. Bajo esta luz se puede entender el *ius connubii* como un derecho fundamental de la persona cuyo ejercicio es determinado por su misma naturaleza. Sería, por tanto, el derecho de cada uno de los contrayentes, hombre y mujer, llamados por la misma naturaleza a la complementariedad entre ellos, mediante la donación de la propia conyugalidad en el matrimonio, al reconocimiento de su decisión de contraer el matrimonio y fundar una familia. No tendría sentido, por lo tanto, la afirmación del derecho a ejercer en acto el *ius connubii* en una persona que, por las concretas circunstancias personales, no tiene ni siquiera la po-

⁸⁵ P.J. VILADRICH, *El ius connubii y la libertad religiosa...*, cit., Ciudad de México 1996, pp. 163-188.

sibilidad de materializar un concreto proyecto matrimonial con una persona determinada: no es que se le niegue el derecho, sino que por la naturaleza de las cosas no se puede hablar, en el caso concreto, de ejercicio del derecho a contraer un matrimonio.

Esta especificación podrá ayudar a entender por qué no se podrá jamás admitir el derecho al matrimonio entre dos personas del mismo sexo, en cuanto el *ius connubii* nace de la complementariedad hombre-mujer y, por lo tanto, sólo puede ser ejercitado entre un hombre y una mujer que quieren celebrar el matrimonio y constituir una familia. El derecho al matrimonio sería, en fin, la primera manifestación de la soberanía de la familia en cuanto realidad que nace del consentimiento matrimonial⁸⁶. Subrayar esta característica del *ius connubii* ayuda a aclarar los problemas actuales: la pretensión de reconocimiento del matrimonio entre homosexuales, el porqué de los impedimentos, la relatividad de algunos impedimentos, etc.

F. «IUS CONNUBII» Y SISTEMA MATRIMONIAL VIGENTE.

Una vez realizado el análisis del *ius connubii* desde dos puntos de vista diversos pero complementarios: su evolución a través del sistema jurídico matrimonial de la Iglesia y su contenido desde la óptica de la verdad sobre el hombre y sobre el matrimonio, pasamos ahora al análisis del ordenamiento matrimonial vigente, para ver hasta qué punto, aunque tal vez de modo implícito, los elementos a que hemos hecho referencia siguen presentes en éste. Por la perspectiva que hemos elegido, y teniendo en cuenta que los temas concretos serán objeto de estudios particulares, nuestro análisis será realizado sólo desde el punto de vista de la concreción del *ius connubii* en el ordenamiento vigente.

Pensamos que este análisis podrá ayudar en el esfuerzo de recompreensión del sistema matrimonial como respuesta a las exigencias jurídicas objetivas de la realidad matrimonial. Como ya hemos dicho en diversos momentos, ante una cultura contraria a la verdad sobre el hombre y la sexualidad, es necesario un esfuerzo de profundización para redescubrir el sentido del sistema y así poder dar respuestas claras y convincentes, también desde el punto de vista del lenguaje cultural, a los problemas que hoy se presentan sobre el matrimonio. Por otra parte, en la medida en que nos parezca necesario, haremos algunas valora-

⁸⁶ Cfr. JUAN PABLO II, *Carta a las Familias*, n. 17.

ciones o propuestas sobre el sistema matrimonial vigente, partiendo siempre del interés por conseguir un sistema conforme a la verdad, racional y coherente, que dé solución a los problemas que enfrenta hoy el matrimonio y la familia.

1. La determinación del «*ius connubii*» en el sistema matrimonial de la Iglesia.

Teniendo en cuenta cuanto hemos dicho sobre el *ius connubii* como principio del sistema, podemos ahora establecer, de modo esquemático, porque los diversos argumentos serán objeto de estudio detallados por parte de otros ponentes, cuáles son las determinaciones, especificaciones y limitaciones del *ius connubii* en el ordenamiento matrimonial canónico vigente. Como decíamos al inicio, este derecho fundamental no se relaciona solamente con la regulación de los impedimentos, sino que está en conexión estrecha con todo el sistema matrimonial. De este modo, el *ius connubii* informaría la legislación matrimonial canónica en todas sus concreciones. Veremos, para ilustrar esta realidad, cómo el derecho fundamental al matrimonio se concreta en las diversas áreas del ordenamiento sobre el matrimonio.

a) El «*ius connubii*» como principio general del sistema.

La doctrina identifica el canon 1058 con el principio general del *ius connubii*. Según este canon: «Omnes possunt matrimonium contrahere, qui iure non prohibentur». Pero no es ésta la única manifestación del *ius connubii* como principio general en el Código vigente. El canon 219, aunque se refiera a la elección de estado en general, sería también una concreción o manifestación del *ius connubii* como derecho fundamental del fiel, entendido en toda su riqueza, es decir, como derecho a contraer o no el matrimonio, como derecho a la libre elección del propio cónyuge, así como derecho a la decisión libre de fundar el matrimonio y la familia mediante el consentimiento personalísimo e insustituible de los contrayentes. Este canon 219, por otra parte, recuerda aquellas propuestas en los trabajos de Codificación de inicios de siglo sobre un canon, entre los preliminares, en el que se estableciera explícitamente la libertad en la elección del estado matrimonial o del celibato, que al final no fue tomado en consideración. Así rezaba la propuesta de los Codificadores del 17: «Cuilibet, lege naturae, ius est ad matrimonium, nemini autem fieri potest obligatio illud contrahendi, ideoque licitus est, imo et potior, status [religiosi] caelibatus»⁸⁷.

⁸⁷ Voto de F. DESHAYES (1905) en ASV, *Scatola* 35, n. 50.

b) La libertad del consentimiento.

El canon 1057 § 1 consagra otra consecuencia del *ius connubii* como derecho de la persona, esto es, la libertad de fundar el matrimonio y la familia mediante el pacto conyugal entre el hombre y la mujer, pacto que «nulla humana potestate suppleri valet». Esta exigencia ha sido defendida por la Iglesia desde sus inicios, como se concluye del estudio de la historia del matrimonio cristiano. En este sentido, la Iglesia siempre ha luchado contra las costumbres o las presiones que querían quitar a los contrayentes la potestad personal de fundar el matrimonio. Aun en momentos de presión fortísima, la Iglesia defendió esta libertad⁸⁸, reafirmando la libertad de elección y la necesidad del consentimiento personal y libre como única fuerza capaz de fundar el matrimonio⁸⁹.

En el Código encontramos otras muchas normas que reflejan esta exigencia del derecho natural: el impedimento de raptó (can. 1089), la violencia y el temor grave como capítulos de nulidad (can. 1103), el dolo como atentado a la libertad de elección, mediante la manipulación del proceso cognoscitivo (can. 1098).

c) Los requisitos de la persona: incapacidad e inhabilidad.

Por la misma naturaleza del matrimonio y del consentimiento matrimonial, para el ejercicio del derecho al matrimonio se requieren unas condiciones precisas, que indican lo que la doctrina ha denominado requisitos de capacidad y habilidad. Consecuencia de ello son el canon que determina los elementos de la capacidad consensual para contraer el matrimonio (can. 1095) y todos los cánones

⁸⁸ Dos ejemplos concretos de este continuo esfuerzo por defender la libertad de los contrayentes son la lucha contra las costumbres contrarias a la libertad del consentimiento, así como ante las presiones de los príncipes civiles. Desde los inicios de la labor evangelizadora en América, se produjo una pugna contra las costumbres encontradas entre los indios americanos, según las cuales en muchos casos eran los padres o los “caciques” quienes respondían en nombre de los contrayentes: los evangelizadores, ante estas costumbres, ponían en duda la validez del matrimonio, sobre todo a la luz de la necesidad del consentimiento personal libre para fundar el matrimonio (Cfr. F. MANUEL-RIMBAU, *El matrimonio en el Itinerario para párrocos de Indios de Alonso de la Peña y Montenegro*, Roma 1997, *pro manuscripto*, pp. 300-308). El otro ejemplo, europeo, es el de las fortísimas presiones sobre la Iglesia, sobre todo en Francia y en Alemania, en los años que precedieron el Concilio de Trento, para que se estableciera como requisito de validez del matrimonio el consentimiento de los padres de los contrayentes, aun en el caso que aquellos fueran mayores de edad. La Iglesia tampoco cedió en este caso, estableciendo, a lo más, un requisito de licitud en el caso de menores que querían contraer el matrimonio (Cfr. N. SCHÖCH, *La solennizzazione giuridica della «forma canonica»...*, cit., p. 644).

⁸⁹ Cfr. H. FRANCESCHI F., *Il diritto alla libera scelta del proprio coniuge...*, cit., pp. 154-170.

sobre los impedimentos. La distinción entre capacidad y habilidad, sin embargo, no es muy clara, dado que algunos de los supuestos contemplados entre los impedimentos —impotencia y edad— se asemejan más a una incapacidad para el matrimonio que a una inhabilidad jurídica. Algunos autores, por su parte, acercan algunos supuestos de incapacidad a los impedimentos, en concreto al de impotencia⁹⁰.

Una visión adecuada del *ius connubii* nos debe llevar necesariamente a la recta comprensión de la incapacidad. Algunas de las interpretaciones del canon 1095, que tienen su base en una visión demasiado perfecta del matrimonio y de la libertad humanas, pueden tener como consecuencia una concepción excesivamente perfeccionista de la capacidad para el matrimonio, confundiendo el mínimo necesario para el matrimonio con una visión ideal del matrimonio y de la libertad, que termina negando la capacidad en personas que, en realidad, lo que tienen es una dificultad, superable con esfuerzo y con la ayuda de la gracia, para asumir o para cumplir las obligaciones esenciales del matrimonio. En este sentido, han sido clarificadores los discursos del Romano Pontífice a la Rota Romana de los años 87, 88 y 97, en los que distingue claramente entre imposibilidad y dificultad, normalidad psiquiátrica y normalidad canónica, matrimonio válido y matrimonio ideal, libertad absoluta y libertad real⁹¹. Pensamos que estos conceptos son esenciales para una recta interpretación del canon 1095, que respete siempre el derecho al matrimonio de todos.

Por otra parte, el sistema cuenta con instrumentos jurídicos para la defensa de esta presunción de capacidad y de habilidad. Pensamos en el canon 1060, según el cual el matrimonio goza del favor del derecho y en la duda se debe estar por la validez, en la presunción de conocimiento mínimo del canon 1096 § 2, en la clara mención a los elementos esenciales del matrimonio en el canon 1095, en las diversas presunciones favorables al matrimonio establecidas por el Legislador⁹².

⁹⁰ Cfr. H. FRANCESCHI, *L'incapacità di assumere e l'incapacità relativa nella giurisprudenza più recente*, en «Ius Ecclesiae», 9 (1997), pp. 145-199.

⁹¹ Cfr. JUAN PABLO II, *Allocutio ad Romanae Rotae Auditores* del 5 de febrero de 1987, en AAS 79 (1987), p. 1457; 25 de enero de 1988, en AAS, 80 (1988), p. 1180-1183; 27 de enero de 1997, en AAS 89 (1997), pp. 486-489.

⁹² Cfr. M.A. CERCAS, *El «favor matrimonii» en el proceso codificador de 1917*, Roma 1997, pp. 187-244.

d) La forma canónica de celebración.

La forma canónica *ad validitatem* sería, sin duda, una limitación al modo de ejercer el *ius connubii* que, sin embargo, responde a la misma naturaleza del matrimonio y de la familia, en cuanto realidades *sociales* en la Iglesia.

Siempre ha existido en la Iglesia la obligación de una forma de celebración del matrimonio, al menos como un requisito para la lícita celebración de las nupcias. Prueba de ello son las múltiples decisiones pontificias que encontramos en el Decreto y en las Decretales en las que se establecía la obligación grave de observar una forma determinada en la celebración del matrimonio. Diversos motivos graves, sobre todo la plaga de los matrimonios clandestinos, a los que ya hicimos mención al analizar el *ius connubii* en el Concilio de Trento, impulsaron a la Iglesia a establecer la forma canónica *ad validitatem*. Es conocido que muchos Padres conciliares pusieron en duda la misma posibilidad, no ya sólo la conveniencia, de establecer esta forma para la validez. Esta forma luego se consolidó y universalizó mediante el *Ne Temere* de Pío X y fue recibida por las distintas codificaciones de la Iglesia.

La Iglesia, consciente de las dificultades que la forma para la validez pone ante las exigencias de respeto del *ius connubii*, ha buscado correctivos al excesivo formalismo a que puede llevar una interpretación demasiado rigurosa de las normas jurídicas relacionadas con la forma. En concreto, ha establecido la aplicabilidad de la suplencia a los casos de duda o de error de hecho o de derecho sobre la facultad de asistir el matrimonio (can. 144). Sin embargo, a este respecto, sería deseable una modificación de la jurisprudencia rotal, que sigue haciendo una interpretación demasiado restrictiva de la aplicabilidad de la suplencia, negándola en los casos de delegación para un sólo matrimonio. Así mismo, han sido establecidos diversos supuestos de celebración en forma no ordinaria. Además de los conocidos supuestos de peligro de muerte y de imposibilidad de recurrir al ministro competente (can. 1116), el Legislador ha previsto situaciones en las que los contrayentes o no estarían obligados a la forma canónica, como es el caso de quien se ha apartado mediante acto formal de la Iglesia católica (can. 1117); o que podrían ser dispensados de ella, como en el caso del matrimonio mixto o con disparidad de cultos, en los que el Ordinario del lugar podría dispensar de la forma canónica de celebración (cann. 1127-1129)⁹³.

⁹³ Cfr. M.A. ORTIZ, *Sacramento y forma del matrimonio*, Pamplona 1995, pp. 225-322.

Otro instrumento que, sin duda, serviría como contrapeso de la rigidez de la forma canónica, es la convalidación del matrimonio, sea la convalidación simple que la sanación en la raíz. Pensamos que son instrumentos que podrían ser utilizados con más frecuencia en los casos de nulidad del matrimonio: en las situaciones de nulidad por defecto de forma, sin duda alguna; pero también en muchas situaciones de nulidad que, siendo sanables, en la actual legislación exigen una explícita renovación del consentimiento (can. 1156 § 2) o una participación de la autoridad para ser reconocidas como matrimonio válido por parte de la comunidad eclesial (cann. 1161-1165). Es más, pensamos que, como propuesta *de iure condendo* podría ser interesante replantear en el sistema matrimonial canónico diversos supuestos de convalidación automática por remoción del obstáculo que impedía el nacimiento de un vínculo matrimonial verdadero, o tal vez sólo su reconocimiento por parte de la Iglesia. El problema, en el derecho vigente, sería la exigencia de concomitancia entre el consentimiento matrimonial verdadero y eficaz y su manifestación en forma canónica: ¿No sería, la solución arriba propuesta de la convalidación automática, un modo de subrayar el poder soberano de fundar el matrimonio por parte de los contrayentes y, por lo tanto, un modo de proteger y fomentar en toda su verdad y riqueza el *ius connubii*? Ante la nulidad de un matrimonio, conviene recordarlo, la única solución no es la declaración de ésta, cuando hay motivos graves que aconsejarían la permanencia y confirmación del vínculo matrimonial (cfr. cann. 1446 y 1676).

2. Principios de interpretación de las limitaciones del «*ius connubii*».

La naturaleza del *ius connubii* exige que la interpretación de todas las normas que implican una restricción del contenido o una limitación del ejercicio de este derecho fundamental se deba hacer de modo estricto. La misma formulación del canon 1058 nos obliga a reconocer el derecho al matrimonio de todo hombre, siempre que no haya sido establecida de modo explícito la incapacidad o la inhabilidad. Del mismo modo, se debe afirmar que, por la naturaleza de este derecho de la persona, hay un derecho no sólo al reconocimiento, sino también a la promoción y defensa por parte de la autoridad. Es éste uno de los motivos del favor de que goza el matrimonio en el sistema jurídico de la Iglesia. Podrían sintetizarse del siguiente modo los principios de interpretación de las limitaciones del *ius connubii* en el sistema jurídico:

a) Cualquier limitación del derecho al matrimonio debe ser considerada como excepcional y necesariamente prevista por la ley. Según cuanto establece el canon 10, son irritantes o inhabilitantes sólo aquellas leyes que lo hayan estableci-

do expresamente. En este sentido deben ser interpretadas las normas que establecen una limitación al ejercicio del *ius connubii*.

b) Las normas que implican una limitación del *ius connubii* están sometidas a interpretación estricta, en cuanto restringen el ejercicio de un derecho (can. 18).

c) En la duda de hecho o de derecho sobre la capacidad o la habilidad de una persona, no se debe prohibir el matrimonio ni declarar su nulidad. Ejemplos de este principio los tenemos en el canon 1084 § 2, según el cual no se puede impedir ni declarar nulo el matrimonio si el impedimento de impotencia es dudoso; o el canon 1060, que establece claramente que en el caso de duda sobre la validez del matrimonio éste se presume válido hasta que no se prueba lo contrario.

3. *La prohibición de asistir lícitamente al matrimonio y otras prohibiciones* .

Para concluir, nos parece que conviene aludir a algunas circunstancias concretas que, de modo indirecto, podrían impedir o dificultar el ejercicio del *ius connubii*. Sólo haremos una breve mención, en cuanto el tema es objeto de ponencias específicas.

El primer punto serían las situaciones contempladas por el legislador en el canon 1071, en el cual establece una serie de casos en los que el sacerdote o la persona con la facultad para asistir al matrimonio no puede hacerlo lícitamente sin la previa licencia del ordinario del lugar. Como se deduce de la misma norma, su inobservancia no acarrearía la ilicitud del matrimonio celebrado, sino la de la actuación del testigo cualificado. El matrimonio puede ser lícito, aunque la actuación del testigo no lo sea. Por otra parte, el estudio atento de los diversos supuestos nos confirma en cuanto hemos dicho hasta ahora: la finalidad del sistema matrimonial no es limitar o especificar el contenido y los límites del derecho al matrimonio, sino reconocerlo y protegerlo, sobre todo en situaciones en que podría estar en duda la dignidad misma del instituto, la verdad del vínculo que se quiere contraer, los derechos de terceras personas, etc.

El canon 1071 establece un elenco, no exhaustivo, de estas prohibiciones, en cuanto hay otros cánones que establecen la necesidad de la previa licencia del ordinario, sea para la asistencia lícita, como es en la celebración secreta del matrimonio, sea para la licitud del mismo matrimonio, como sucede en los casos de condición de pasado o presente del canon 1102 § 3, o en el caso de matrimonios mixtos, contemplados en los cánones 1124-1126.

Los motivos por los que se establecen estas prohibiciones son diversos, pero obedecen siempre a razones de prudencia y de defensa del mismo instituto matrimonial y de la dignidad de éste y de las personas en él implicadas. Se podrían resumir en los siguientes: proveer a la seguridad jurídica, cuando hay un riesgo de que el matrimonio sea inválido (matrimonio de los vagos, matrimonio por procurador); defensa de los derechos y deberes inherentes a la patria potestad (matrimonio de un menor de edad contra la voluntad de sus padres o sin que ellos lo sepan); posibilidad de defender los derechos adquiridos ante la autoridad civil y necesidad de coordinación entre los diversos ordenamientos (matrimonio que no puede ser reconocido o celebrado según el ordenamiento estatal); la tutela de la fe del cónyuge o de los hijos, cuando ésta podría quedar comprometida (matrimonio de quien ha abandonado notoriamente la fe católica); la necesidad de hacer operativa la pena, y por tanto tratar de obtener los fines para los que ha sido establecida (matrimonio de quien esté incurso en una censura); la defensa de los derechos de terceros que podrían ser lesionados por la celebración del matrimonio (matrimonio de quien esté sujeto a obligaciones naturales nacidas de una unión precedente, hacia la otra parte o hacia los hijos de esa unión).

Como puede observarse, más que limitaciones al ejercicio del derecho al matrimonio, son instrumentos jurídicos que buscan precisamente la salvaguarda del derecho al matrimonio, entendido no como simple derecho de casarse, sino como un derecho fundamental de la persona y del fiel que, por su contenido específico, exige del ordenamiento una concreta y eficaz protección. La defensa de la dignidad de la persona y del matrimonio es, sin duda alguna, defensa del *ius connubii* rectamente entendido.

En fin, cabe mencionar también otro supuesto contemplado por el Legislador, que es el de los *vetita* a la celebración del matrimonio. Son prohibiciones que, en principio, no afectan a la validez del matrimonio, sean estas de tipo administrativo o de tipo judicial. Las prohibiciones aplicadas por vía administrativa y los *vetita* que siguen la vía judicial tienen una propia regulación, en cuanto la naturaleza de cada una de éstas figuras es diversa. La prohibición por vía administrativa la encontramos regulada en el canon 1077 y al final del canon 1684 §1, mientras el *vetitum* judicial es regulado en la primera parte del canon 1684 §1.

Según el canon 1077, puede el ordinario del lugar prohibir el matrimonio en un caso particular, pero sólo temporalmente, por una causa grave, y mientras ésta persista. Las razones pueden ser las más variadas, pero siempre se deben tener en cuenta los extremos de la norma. Las prohibiciones deben referirse a supuestos claramente especificados y debe existir una causa grave para ello. Por

otra parte, estas prohibiciones no pueden ser establecidas con una pretensión de estabilidad, sino que deberán ser transitorias, mientras exista la causa grave que las justifica. Afirma el canon, en conformidad con cuanto establece el canon 1075, que sólo la Autoridad Suprema de la Iglesia puede añadir una cláusula dirimente a la prohibición.

Hay otro supuesto de prohibición administrativa en el procedimiento de dispensa *super rato*. Según establece la Instrucción de la Congregación para los Sacramentos de 1972, n. 3, b), «en algunos casos concretos, cuando el motivo de la inconsumación hubiese sido un defecto físico o psíquico de gran importancia y gravedad, se puede añadir una prohibición a la celebración de otro matrimonio; si no se dice expresamente en el rescripto, la prohibición no es dirimente sino solo prohibente, y su remoción está reservada a la Sede Apostólica»⁹⁴. De la redacción de la norma se puede afirmar que es posible añadir una cláusula dirimente en estos casos. No hay, por lo tanto, ninguna duda sobre la posibilidad de la cláusula dirimente en las prohibiciones en vía administrativa, bien porque el autor de la cláusula es la Autoridad Suprema, bien porque el autor del acto es un Dicasterio de la Curia Romana que ha recibido esta potestad, como se concluye de la norma citada de la Congregación de Sacramentos. Los motivos graves, en estos casos, justificarían suficientemente la limitación del ejercicio del *ius connubii*.

Existe, sin embargo, otro tipo de prohibiciones o *vetita* que se aplican en vía judicial y están regulados en el canon 1684 § 1, según el cual la sentencia o el decreto de confirmación pueden prohibir el matrimonio mediante un *vetitum*. Es necesario distinguir estas prohibiciones de las administrativas. Estas prohibiciones, que pueden ser establecidas también por los tribunales inferiores, implican la ilicitud del matrimonio celebrado posteriormente sin haber pedido antes la remoción de la prohibición.

La doctrina discute sobre si los Tribunales Apostólicos pueden añadir al *vetitum* una cláusula dirimente. Hay autores que defienden la posibilidad de añadirla. Es la opinión de Vitali-Berlingò⁹⁵, García López⁹⁶ y González del Valle⁹⁷. En nues-

⁹⁴ SACRA CONGREGATIO DE DISCIPLINA SACRAMENTORUM, Instr. *Dispensationis matrimonii*, en AAS 64 (1972), p. 251.

⁹⁵ E. VITALI-S. BERLINGÒ, *Il matrimonio canonico*, Milano 1994, p. 22. Vitali-Berlingò, haciendo referencia a la doctrina de González del Valle, encuentran la razón de ser en la analogía con el canon 1077. No hacen una clara distinción entre las prohibiciones en vía administrativa y en vía judicial. Afirman que la prohibición podría tener fuerza invalidante cuando «sia contenuto nella clausola irritante annessa ad una pronuncia di un Tribunale Apostolico».

tra opinión, en el caso de las prohibiciones en vía judicial, no está prevista esta posibilidad: por la diversa naturaleza del *vetitum* judicial, no es posible aplicar por analogía lo establecido en el canon 1077. El Código no lo prevé en el canon 1684, las nuevas normas de la Rota no han dicho nada y la praxis de la misma Rota Romana confirma esta opinión: aunque en los últimos años frecuentemente se haya impuesto el *vetitum* en las sentencias rotales, no hemos encontrado ni siquiera un caso en el que la Rota haya añadido a la prohibición una cláusula irritante. Es la opinión de Gullo⁹⁸ y de Zuanazzi, quien afirma que la analogía entre el *vetitum* administrativo y el *vetitum* judicial no es posible⁹⁹, confirmando esta opinión con el análisis de la praxis de los tribunales y con el estudio de los términos de la norma¹⁰⁰.

⁹⁶ R. GARCÍA LÓPEZ, *Los «vetita» en las sentencias de nulidad matrimonial*, en «Ius Canonicum» 16/32 (76) p. 313: «Si se trata de Tribunales apostólicos, la fórmula del *vetitum* puede llevar al mismo tiempo y de un modo expreso, una cláusula irritante, o no. Si *expresamente* lleva una cláusula irritante o invalidante, el matrimonio celebrado contra tal prohibición es nulo, porque sólo la Sede Apostólica puede añadir al *vetitum* una cláusula irritante (can. 1039 § 2 [actual 1077 § 2]). Si la fórmula en que se contiene el *vetitum* no lleva expresamente cláusula irritante o invalidante, se trata de una simple prohibición que no hace nulo el matrimonio subsiguiente, pero que hace su celebración ilícita o gravemente pecaminosa».

⁹⁷ J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE, *Derecho canónico matrimonial según el Código de 1983*, Pamplona 1983, p. 154: «Los *vetita* pueden tener una eficacia invalidante del nuevo matrimonio o solamente prohibente. Sólo los tribunales apostólicos —la Rota romana y la Rota española— pueden añadir a la prohibición una cláusula irritante».

⁹⁸ C. GULLO, *Il procedimento di rimozione del divieto di passare a nuove nozze*, en «I procedimenti speciali nel diritto amministrativo», Città del Vaticano 1992, p. 227: «L'apposizione del *vetitum* dà vita ad un precetto illiceitante, ma non invalidante».

⁹⁹ I. ZUANAZZI, *Qualche riflessione sul divieto giudiziale di contrarre matrimonio*, en «Studi sulle fonti del Diritto Matrimoniale Canonico», Padova 1988, p. 198: «Si deve ritenere che la disciplina del *vetitum amministrativum* non è estensibile per analogia al *vetitum iudiciale*, in particolare per quanto riguarda la facoltà dell'Autorità Suprema di aggiungere al divieto una clausola dirimente».

¹⁰⁰ *Ibidem*, pp. 204-205: «Si deve pertanto ritenere che il *vetitum* posto sia dai Tribunali Regionali, sia da quelli Apostolici, abbia un'efficacia solo e sempre illiceitante. Tale opinione oltre ad essere fondata sulla lettera stessa del can. 1684 § 1, che usa il termine *prohibeatur*, mentre a mente del can. 10 un effetto irritante dovrebbe essere statuito espressamente, è convalidata anche dalla giurisprudenza della Rota Romana, la quale non ha mai aggiunto alla proibizione di contrarre matrimonio una clausola invalidante, ritenendo quindi di non averne il potere».

G. ALGUNAS CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS.

La coincidencia de diversos factores durante la evolución del sistema matrimonial, tales como la lucha por la jurisdicción, la formalización del consentimiento, el vaciamiento cultural del matrimonio ocurrido en este siglo, ha hecho que, paulatinamente, el derecho al matrimonio haya ido cayendo un poco en el olvido, quedando los contrayentes en una situación pasiva, como a la espera del permiso de la Iglesia para celebrar el matrimonio o, peor aún, pidiendo a la Iglesia que “los case”, porque ellos cumplen los requisitos exigidos por ésta para ser admitidos en el estado matrimonial. De una concepción del derecho al matrimonio como derecho de los contrayentes, hemos pasado a una visión institucionalizada del matrimonio, en la que es la Iglesia quien los casa, “y los descasa”. Esta crisis posteriormente se ha agudizado con la lucha por la competencia sobre el matrimonio entre la sociedad eclesiástica y los nacientes estados soberanos, con una fuerte connotación intervencionista, y con la reforma protestante, en cuanto conllevó una multiplicación de los sistemas matrimoniales, que terminó de romper la unidad del Occidente cristiano. Un punto importante en esta evolución, en nuestra opinión, fue la introducción de la forma *ad validitatem* que, si bien tuvo como justificación la solución al grave problema de los matrimonios clandestinos, poco a poco se fue mostrando como un instrumento eficaz para defender la competencia de la Iglesia frente al Estado, cristiano en un primer momento, laico más adelante. No denigramos con ello la introducción de la forma para la validez. Como decíamos anteriormente, era necesario un correctivo al exacerbado consensualismo, que admitía la posibilidad de un consentimiento sin ninguna dimensión social. El problema, más que en la forma en sí misma, estuvo en la excesiva formalización del consentimiento que se realizó paulatinamente después de Trento.

La situación actual del matrimonio, considerado como una realidad que es regulada simultáneamente por la Iglesia y por el Estado —*res mixta*— ha dado lugar a una visión aun más extrínseca, formalista y positivista del matrimonio, donde más que una realidad única que se ha encontrado entre dos fuegos, se confunde el matrimonio con la institución perfilada por los ordenamientos jurídicos, pasándose de la realidad a la regulación jurídica, que puede ser más o menos acertada: el matrimonio canónico y el matrimonio civil no serían dos regulaciones de la realidad matrimonial, sino dos matrimonios substancialmente diversos. La posición del individuo no sería entonces de soberanía y de ejercicio del derecho fundamental a casarse. Su libertad estaría únicamente en decidir si casarse o no, con quién, y a cuál sistema acogerse, el civil o el canónico. Esto en algunos casos, pues en otros el individuo se revela ante la imposición del sistema y decide cuál es el contenido que le quiere dar a su relación sexual con otra

persona. Ante una visión institucionalizada, oponen el derecho a la libre determinación del modo de ejercer la propia sexualidad. Contra esta visión, no puede darse una respuesta sólo desde el ordenamiento positivo, sino que se debe recurrir a la explicación de la auténtica libertad de la persona y desde el contenido y finalidad natural de la sexualidad humana, que se concreta en el matrimonio con sus bienes y fines específicos. Por ello, en la explicación del matrimonio y del *Ius connubii* habría que recurrir al realismo jurídico, porque el matrimonio, antes que sistema jurídico de normas, es una realidad que exige un sistema jurídico que lo reconozca, regule, proteja y promueva. Es precisamente éste el sentido de nuestras consideraciones, la necesidad de redescubrir el ordenamiento como respuesta jurídica a las exigencias de justicia que dimanan de la misma realidad matrimonial o, lo que es lo mismo, el *Ius connubii* como una manifestación de la verdad del hombre y el matrimonio, que exige una respuesta por parte de la sociedad.

Hemos visto cómo desde esta óptica se puede comprender el porqué del sistema jurídico matrimonial. Es más, desde este punto de vista, se puede hacer una relectura de las polémicas doctrinales de los inicios del Derecho Clásico, sobre todo en lo que se refiere a la causa eficiente del vínculo matrimonial, que no eran otra cosa que el reflejo de la necesidad de conocer *la realidad* del matrimonio, como un requisito previo para poder dar respuesta a los problemas concretos: que el vínculo indisoluble surgiera del consentimiento o de la cópula no era un problema teórico, sino un problema eminentemente práctico, porque de ello dependía la existencia o no del matrimonio, la posibilidad de contraer un matrimonio, el surgir o no de impedimentos, etc.

Es éste el sentido del análisis que hemos hecho partiendo del sistema matrimonial clásico hasta llegar a nuestros días. No es un simple discurso histórico, que escaparía de nuestro ámbito principal de competencia, sino un intento de obtener luces de la historia, para tratar de explicar nuestro sistema matrimonial. Ante la ruptura de la unidad jurídica y cultural de Occidente, es necesario hacer un esfuerzo para reencontrar las raíces de nuestro sistema matrimonial, que no es una superestructura que constriñe dentro de unos márgenes angostos la ilimitada libertad del hombre en lo que se refiere a su decisión sobre el uso de la sexualidad, sino un sistema que, atesorando de las enseñanzas de siglos, trata de dar respuesta a las exigencias del *Ius connubii* como derecho fundamental de la persona y del fiel. En gran medida lo ha hecho con acierto, aunque hay aspectos que podrían ser objeto de revisión y modernización, sobre todo teniendo en cuenta que la cultura de hoy pide una explicación que no deje de lado los importantes desarrollos de la antropología y de la teología del matrimonio, en buena

medida como fruto de la profundización sobre la verdad del hombre y del matrimonio que se ha realizado en el Concilio Vaticano II. Lógicamente, esta nueva presentación de la verdad sobre el hombre y el matrimonio ante la cultura contemporánea, si quiere ser auténtica, tendrá en cuenta aquello que, por encima de la evolución cultural, ha formado y forma parte de la realidad que conocemos como "matrimonio".

En conclusión, pensamos que el rescate de un sistema fundado más en la realidad del matrimonio que en los formalismos o en normas sin sentido, en el que el derecho al matrimonio es reconocido, regulado en justicia, que significa de acuerdo a su verdad intrínseca, promovido y defendido por la autoridad, ayudará sin duda a superar la profunda crisis que hoy vive nuestro sistema matrimonial, no por su contenido, sino porque con frecuencia hemos dejado de lado las razones del sistema, su historia, los bienes que protege; y un jurista que no conoce la *ratio* de la ley que aplica, seguramente más que servir con la ley al matrimonio y la familia, se servirá de ella como instrumento para alcanzar los fines que persigue. Esperamos que estas reflexiones contribuyan, al menos, a despertar el interés por replantearse el sentido de nuestro sistema matrimonial.