

MONTSERRAT GAS AIXENDRI
Universidad Católica de Murcia – España

LA FORMULACIÓN DEL CONCEPTO “ACTO POSITIVO DE VOLUNTAD” CONTRARIO AL MATRIMONIO HASTA EL CIC 1983

SUMARIO: 1. La simulación en la tradición canónica. 2. La doctrina y la jurisprudencia inmediatamente anteriores al CIC 1917: 2.1 Las opiniones de la doctrina decimonónica; 2.2 La contribución del pensamiento del Cardenal Pietro Gasparri; 2.3 Las decisiones de la Rota Romana. 3. El acto positivo de voluntad en el CIC 1917: 3.1 Las fuentes del can. 1086 CIC 1917; 3.2 El iter redaccional del can. 1086 CIC 1917. 4. La doctrina posterior a la primera codificación: 4.1 El acto positivo excluyente del can. 1086 § 2 CIC 1917; 4.2 El acto positivo de voluntad en la simulación total; 4.3 Las condiciones contra la sustancia del matrimonio. 5. Conclusiones. Abstract.

1. La simulación en la tradición canónica

En la experiencia jurídica romana, se consideraba irrelevante la falta de voluntad interna por una de las partes¹, fenómeno llamado en el medioevo “reserva mental”². La doctrina canónica siguió en un principio esta tradición. Prueba de ello es que el Decretista Sicardo de Cremona considera la prevalencia de la manifestación externa sobre la voluntad interna³, o que Pedro Lombardo, firme defensor el principio consensual, no considera nulo el matrimonio simulado si no media la coacción o el dolo⁴.

La Decretal *Tua nos* de Inocencio III⁵ contribuyó a clarificar la doctri-

¹ Celso, 1. 7, § 2, D., *de supellectile legata*, 33, 10.

² M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, 228. En el ámbito jurídico civil ha permanecido este concepto de simulación: F. Ferrara, *Della simulazione dei negozi giuridici*, Roma 1922, 39. Sobre este aspecto, A. Stankiewicz, «Concretizzazione del fatto simulatorio nel «positivus voluntatis actus»», *Periodica* 87 (1998) 260-261.

³ Sicardus Cremonensis, *Summa*, in. C. 29, q. 1.

⁴ Pedro Lombardo, *Sententiarum libri quatuor*, lib. IV, dist. 27, n. 3.

⁵ Inocencio III, Decretal *Tua nos*, X, IV, I, 26.

na sobre el matrimonio simulado al determinar la nulidad cuando se da una voluntad positiva de producir el signo externo del negocio matrimonial con un fin práctico distinto al conyugal, junto a una carencia de voluntad matrimonial (*animus contrahendi*)⁶. En esta disposición normativa se apoyaron los canonistas posteriores al estudiar el consentimiento simulado.

Los Comentaristas del Decreto de Graciano ya reconocían la posibilidad de que uno de los contrayentes albergara en su ánimo una intención contraria a la sustancia del mismo⁷. Se seguía la tradición romana que tendía a dar relevancia a la manifestación negocial externa, y para limitar los efectos de un negocio jurídico, se requería el pacto o la condición⁸. La Decretal *Si conditiones* de Gregorio IX sancionará este principio en el ámbito canónico, exigiendo para la nulidad del matrimonio una condición contraria a los elementos esenciales del matrimonio⁹. No pareció suficiente a la doctrina canónica una forma unilateral de *conditio*, teniendo en cuenta que en el ámbito jurídico romano la operatividad práctica de la condición tenía en su origen el sentido de un *pactum*¹⁰. A partir de Sinibaldo Fieschi, futuro Papa Inocencio IV, para la eficacia de la condición contra la sustancia del matrimonio se requiere el pacto bilateral, es decir que la condición sea *in pactum deducta*¹¹. Este concepto se opone tradicionalmente al de condición o intención *mente retenta*, es decir interna al sujeto y unilateral.

Tomás de Aquino (1224-1274) interpreta la Decretal *Tua nos* de Inocencio III entendiendo que la expresión externa de las palabras sin consentimiento interno no puede constituir el matrimonio; basta que falte el consentimiento interno en uno de los contrayentes para considerar nula la celebración¹². Si uno de los contrayentes se muestra contrario a uno de los elementos que constituyen el vínculo conyugal, no hay verdadero matrimonio¹³. Si

⁶ En este sentido interpretó la regla de Inocencio III la Glosa ordinaria.

⁷ Huguccio, *Summa*, in C. 32, q. 2, c. 4. Se trata de una aportación de Huguccio, y no propiamente de un comentario a lo que dice Graciano.

⁸ A. Stankiewicz, «Concretizzazione del fatto simulatorio» (cf. nt. 2), 262.

⁹ Gregorio IX, Decretal *Si conditiones*, X, IV, V, 7.

¹⁰ M. Talamanca, *Istituzioni* (cf. nt. 2), 249.

¹¹ Cf. A. Stankiewicz, «Concretizzazione del fatto simulatorio» (cf. nt. 2), 262.

¹² Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, *Suppl.*, q. 45, a. 4 ad 2.

¹³ Al considerar los bienes del matrimonio, hace una distinción que será decisiva en la doctrina canónica sobre la exclusión de los elementos esenciales: mientras la indisolubilidad for-

uno de los contrayentes pone una condición contraria a los bienes del matrimonio, éste es nulo¹⁴.

Tomás Sánchez sienta bases decisivas para la elaboración posterior de la doctrina sobre la relevancia del rechazo del matrimonio mismo o de sus elementos esenciales. Si no hay consentimiento interno no puede constituirse válidamente el matrimonio¹⁵. El signo externo no es más que el vehículo que manifiesta la voluntad interna de contraer: ambos elementos son esenciales para un consentimiento válido, de donde, «*consensus sine signis, vel signa sine consensu nihil operari ad constituendum matrimonium*»¹⁶.

Ante la pregunta sobre si los contrayentes deben tener la intención al menos implícita de aceptar los bienes del matrimonio afirma que quien tiene intención de contraer quiere implícitamente sus bienes, a menos que formule una intención contraria. Basta una intención *mente retenta* (es decir, no exteriorizada, sino interna) y no ya a una condición *in pactum deducta*. Acoge la distinción tomista entre los bienes, determinante para valorar la relevancia del rechazo¹⁷. Sánchez trata también con amplitud la cuestión del matrimonio condicionado: cuando dichas condiciones se opongan a la sustancia del matrimonio, éste será nulo¹⁸.

La doctrina de este autor gozó de gran autoridad en los siglos sucesivos y por eso resulta de gran importancia por ser el primero que no exige una condición contraria a un elemento esencial del matrimonio *in pactum de-*

ma en sí misma parte de la esencia del matrimonio, no ocurre lo mismo respecto a los otros dos bienes, el *bonum fides* y el *bonum prolis*, respecto de los cuales es preciso distinguir entre la obligación en sí misma y su ejercicio: sólo la primera pertenece a la sustancia del matrimonio. Tomás de Aquino, *Summa Theologiae, Suppl.*, q. 49, a. 3, c.

¹⁴ Tomás de Aquino, *Summa Theologiae, Suppl.*, q. 47, a. 5, c.

¹⁵ T. Sánchez, *De Sancto matrimonii sacramento disputationum*, I, lib. II, disp. 25, n. 2, Venetiis 1625, 166.

¹⁶ T. Sánchez, *De Sancto matrimonii* (cf. nt. 15), I, lib. II, disp. 29, n. 13, 170; E. Pirhing, *Ius canonicum nova methodo explicatum*, IV, tit. I, sec. IV, § 1, n. 95; F. Schmalzgrueber, *Ius Ecclesiasticum universum*, IV/I, Romae 1844, tit. I, sect. 2, § I, n. 265; E. González Téllez, *Commentaria perpetua in singulos textus quinque librorum Decretalium Gregorii IX*, IV, *In lib. IV Decretalium*, tit. I, cap. 26, *comment.*, n. 3; J. de Lugo, *Disputationum de iustitia et iure*, II, disp. 22, n. 44; P. Layman, *Theologiae morali compendium*, lib. 5, tract 10, pars altera, Cap. VI, n. 1.

¹⁷ T. Sánchez, *De Sancto matrimonii* (cf. nt. 15), I, lib. II, disp. 29, nn. 11-12, 170.

¹⁸ T. Sánchez, *De Sancto matrimonii* (cf. nt. 15), I, lib V, disp. 9, n. 3, 458.

*ducta*¹⁹. Es difícil determinar cuándo se da el paso del requisito de la condición contra la sustancia del matrimonio al reconocimiento de que basta una intención contraria a los bienes para hacer nulo el matrimonio, ya que Sánchez considera la intención *mente retenta* todavía como verdadera condición y no bajo una categoría jurídica distinta.

Los autores pronto empiezan a considerar equivalentes las expresiones “intención” y “condición”²⁰. El progresivo uso del término “intención” junto a la tradicional consideración de la “condición” se debe sobre todo a los tratados de los moralistas²¹, que tratan el problema de la intención de los contrayentes en cuanto ministros del sacramento. El término intención hace referencia al acto de voluntad en cuanto dirigido a su objeto. Al referirse a la cuestión del rechazo de los bienes del matrimonio se habla de dos voluntades o intenciones contrapuestas: la de contraer matrimonio y la de rechazar uno de sus elementos esenciales o el sacramento y surte efecto la “voluntad prevalente”²².

Juan de Lugo (1583-1660) al tratar sobre los sacramentos en general afronta la cuestión de la intención del ministro. La voluntad universal prevalece sobre la particular, a no ser que ésta quiera revocar expresamente aquélla. Si ambas voluntades fueran iguales, prevalecería la posterior²³. Considera también relevante la sola intención contraria interna, aunque no se traduzca en condición *in pactum deducia* y en esto coincide con Tomás Sánchez²⁴.

Otro empuje decisivo en la doctrina sobre la relevancia de la voluntad contraria al matrimonio lo da el canonista Próspero Lambertini (1675-

¹⁹ Cf. la cita textual en nt. 18 y C. Lefebvre, «De bonorum matrimonii exclusione secundum Card. Gasparri opera», *Apollinaris* 33 (1960) 142.

²⁰ B. Ponce de León, *De Sacramento Matrimoni Tractatus*, lib. I, cap. 20, nn. 8 y 11, citado en una *coram* Pinto, 22 julio 1969, *RRD* 61, 852.

²¹ C. Lefebvre, «De bonorum matrimonii exclusione» (cf. nt. 19), 142, donde remite a las obras de A. Van Hove, *Prolegomena, Mechliniae-Romae*, 1945, 566 ss. y B. Häring, «La théologie morale de saint Thomas à saint Alphonse de Liguori», *Nouvelle Revue Théologique* 77 (1955) 680 ss.

²² C. Lefebvre, «De bonorum matrimonii exclusione» (cf. nt. 19), 142.

²³ J. de Lugo, *Disputationes scholasticae et morales. De sacramentis in genere*, disp. 7, sect. 8, nn. 120-123, Parisiis 1869, 401-402.

²⁴ J. de Lugo, *Disputationes scholasticae* (cf. nt. 23) disp. 7, sect. 8, n. 128-129 y 135, 403-404.

1758), futuro Papa Benedicto XIV. A él se debe el establecimiento de la presunción de una “voluntad general prevalente” de contraer verdadero matrimonio que será reiteradamente invocada por la doctrina a partir de entonces²⁵. Este autor plantea de un modo más nítido el esquema de la oposición de dos voluntades: la voluntad general de contraer matrimonio tal como ha sido instituido por el Creador o como lo contraen los demás, y la de rechazar uno de los elementos esenciales del matrimonio. Esta voluntad general, que se presume, sólo puede ser anulada por otra voluntad prevalente contraria.

Con la contribución de canonistas, de teólogos y del propio magisterio eclesiástico, se forja a partir del s. XIII la doctrina canónica sobre la simulación. Por una parte la *fictio*, posteriormente llamada propiamente simulación total, en la que habiendo una expresión meramente externa del consentimiento, no hay ánimo de contraer matrimonio. Por otra parte, se forma la doctrina sobre la simulación parcial, al conseguir progresivamente distinguirse de la categoría de las condiciones contra la sustancia del matrimonio²⁶.

2. La doctrina y la jurisprudencia inmediatamente anteriores al CIC 1917

2.1 Las opiniones de la doctrina decimonónica

La canonística del siglo XIX recibe y acepta la doctrina tradicional, elaborada sobre todo por Sánchez, De Lugo y Benedicto XIV²⁷. La noción de

²⁵ Benedicto XIV, *Opera omnia*, XI, *De synodo diocesana libri tredecim*, lib. 13, c. 22, n. 8, Prati 1844, 645-646. Se trataba de explicar la irrelevancia del error sobre las propiedades del matrimonio.

²⁶ De hecho, hasta el Código Pio-Benedictino la intención contraria al matrimonio o a sus elementos esenciales, no se pudo desvincular del requisito de la condición y del pacto. Cf. A. Stankiewicz, «Concretizzazione del fatto simulatorio» (cf. nt. 2), 263.

²⁷ Cf. Ph. De Angelis, *Praelectiones iuris canonici ad methodum decretalium Gregorium IX*, Romae-Parisiis, 1881; J.P. Gury, *Compendium theologiae moralis*, Veronae 1851; A. Lehmkuhl, *Theologia moralis*, II, Friburgi Brisgoviae 1883.

factio o *simulatio* se reserva a la simulación total; de hecho muchos autores no hablan de otro tipo de exclusión, es decir, no consideran simulación la exclusión de los bienes del matrimonio²⁸. Para considerar jurídicamente relevante la intención contraria a los bienes del matrimonio, se requería generalmente la condición *in pactum deducta*²⁹ o una intención contraria prevalente³⁰. Por otra parte, y siguiendo la doctrina tradicional, se consideran también invalidantes las condiciones contra la sustancia del matrimonio³¹.

El antecedente inmediato a la sistemática de Gasparri sobre el consentimiento simulado y sobre las condiciones contra la sustancia del matrimonio lo encontramos en la doctrina del moralista D'Annibale que, a propósito de los contratos en general, habla de los tipos de simulación: la que se produce no queriendo el pacto mismo (simulación total) o rechazando sus obligaciones, o el cumplimiento de dichas obligaciones. En los dos primeros casos, la exclusión invalida el contrato, mientras no lo hace en el tercero. Uno de los aspectos más relevantes de la doctrina de D'Annibale radica en que distingue este tipo de exclusión de la condición³².

2.2 La contribución del pensamiento del Cardenal Pietro Gasparri

Gasparri atribuyó gran importancia al consentimiento simulado, ya desde su primer tratado sobre el matrimonio, publicado en 1891. Es el primer autor que desarrolla ampliamente la doctrina de la exclusión de los elementos esenciales del matrimonio, inspirándose en el esquema que D'Annibale aplicaba a los contratos en general³³. Siguiendo la tradición canónica anterior trata sobre la *factio* o simulación total, mientras la posible exclusión de los bienes del matrimonio se considera bajo el título *De conditioni-*

²⁸ Cf. S.M. Vecchiotti, *Institutiones canonicae*, 3, Taurini 1878; I. Soglia, *De matrimonio cristiano*, Romae 1865.

²⁹ F.X. Wernz, *Ius decretalium ad usum praelectionum in scholis textus canonici sive iuris decretalium*, 4, *Ius matrimoniale Ecclesiae catholicae*, Prati 1912², 18-19.

³⁰ A. Ballerini, *Opus Theologicum Morale*, ed. D. Palmieri, 6, n. 500, Romae 1892³, 232.

³¹ F.X. Wernz, *Ius decretalium* (cf. nt. 29), 94-100.

³² I. D'Annibale, *Summa theologia moralis*, Romae 1891, pars II, lib. 3, *De contractibus*, § 412, 330-331.

³³ P. Gasparri, *Tractatus canonicus de matrimonio*, II, Parisiis 1891¹, 23.

bus appositis in desponsatione vel in aliis contractibus. La posible relevancia de la intención contraria al matrimonio o a sus bienes, sin prueba de la condición, limitaba la nulidad al fuero interno³⁴.

Ya desde la primera edición de su *Tractatus de matrimonio*, la simulación total aparece tipificada como “non habere intentionem contrahendi”³⁵. Es necesario probar la simulación en el fuero externo. Si no fuera posible tal prueba en el fuero externo, el matrimonio sería nulo sólo en el fuero interno. Para tal prueba no basta la declaración jurada del simulante, sino que ha de existir una *causa simulandi*, junto con las circunstancias antecedentes, concomitantes y subsiguientes³⁶. Esta doctrina sobre la simulación total del consentimiento permanece invariada en las sucesivas ediciones de la obra salvo la obligada referencia al can. 1086 en la edición posterior a la promulgación del Código de 1917.

Por lo que se refiere a la exclusión de los elementos esenciales del matrimonio, ya en la primera edición del *Tractatus* reconoce la posibilidad de que existiendo la intención de contraer matrimonio, no se quiera asumir alguna de las obligaciones que comporta el vínculo, o bien no se acepte su cumplimiento³⁷. En tal situación se darían dos actos de voluntad “positivos” y contrarios: el de contraer matrimonio y la voluntad de excluir una de sus propiedades³⁸. Todavía considera la exclusión de las propiedades como una forma de condición (mental), contra la sustancia del matrimonio. Es significativo el hecho de la aparición de la nota de la “positividad” referida al acto de voluntad que, bajo la forma de condición, se opone a una de las propiedades o elementos esenciales del matrimonio³⁹, aunque será en el contexto del error de derecho donde Gasparri emplee por primera vez la expresión completa *actus positivus voluntatis*⁴⁰.

Será en la tercera edición de 1904 donde introduzca los cambios más significativos en la consideración del consentimiento simulado por exclu-

³⁴ P. Gasparri, *Commentario ad IVum librum Decretalium*, Parisiis 1884, 18-19

³⁵ P. Gasparri, *Tractatus canonicus de matrimonio* (cf. nt. 33), 23.

³⁶ P. Gasparri, *Tractatus canonicus de matrimonio* (cf. nt. 33), 25-26.

³⁷ *Ibidem*, 23-33

³⁸ *Ibidem*, 30-31. Las referencias textuales son: De Lugo (*De sacramentis*, VIII, VIII) y Benedicto XIV (*De Synodo dioecisana*, L. XIII, XII, 8).

³⁹ A. Stankiewicz, «De iurisprudencia rotali recentiore circa simulationem totalem et partialem», *Monitor Ecclesiasticus* 122 (1997) 219.

⁴⁰ P. Gasparri, *Tractatus canonicus de matrimonio* (cf. nt. 33), 19-20.

sión de los elementos esenciales del matrimonio⁴¹. Por una parte, aparece el adjetivo “positivo” calificando al acto de voluntad excluyente y diferenciándolo del acto meramente interpretativo. Por otra parte se advierte una evolución clara en su valoración de la intención contraria a un elemento esencial del matrimonio.

Gasparri ya no habla exclusivamente de la condición o pacto como únicos modos posibles de viciar el consentimiento, sino que aparece la figura del “acto explícito de la voluntad” o bien de la “voluntad positiva excluyente”⁴². En la edición de 1932, posterior al CIC 1917, abandona definitivamente la expresión “condición mental” al hablar del fenómeno de la simulación parcial, reservando el término para la condición de futuro contra la sustancia del matrimonio, a la que remite⁴³, lo que parece más adecuado a la naturaleza del acto, pues la condición se considera como accidental al contrato. Por otra parte, sustituye la referencia a la doctrina de De Lugo y cita expresamente el can. 1086 § 2.

Por lo que se refiere a la figura de la condición, desde la primera edición del *Tractatus de matrimonio*, dedica amplio espacio a la condición de futuro contra la sustancia del matrimonio, que hace nulo el matrimonio porque supone una exclusión del consentimiento. A diferencia de la simulación, la prueba de la condición hace nulo el matrimonio en ambos foros⁴⁴. A medida que desarrolla la doctrina de la simulación parcial, la doctrina de la condición se pone en relación con aquélla⁴⁵: la prueba de la *deductio in pactum* sólo sirve para la prueba en el foro externo⁴⁶ y la función de las condiciones sólo contra la sustancia pasa a ser sobre todo probatoria de la exclusión, pues una vez formulada la doctrina de la simulación parcial, no parece ya necesario acudir a las condiciones contra la sustancia del matrimonio⁴⁷.

⁴¹ P. Gasparri, *Tractatus canonicus de matrimonio*, II, Parisiis 1904³, 33-45.

⁴² P. Majer, *El error que determina la voluntad. Can. 1099 del CIC de 1983*, Pamplona 1997, 42, nt. 55.

⁴³ P. Gasparri, *Tractatus canonicus de matrimonio*, II, Romae 1932⁴, n. 825, 44.

⁴⁴ P. Gasparri, *Tractatus canonicus de matrimonio* (cf. nt. 33), 73.

⁴⁵ P. Gasparri, *Tractatus canonicus de matrimonio* (cf. nt. 41), 88-89.

⁴⁶ P. Gasparri, *Tractatus canonicus de matrimonio* (cf. nt. 43), 80.

⁴⁷ C. Lefebvre, «De bonorum matrimonii exclusione» (cf. nt. 19), 151.

2.3 Las decisiones de la Rota Romana

El Tribunal de la Rota Romana, restaurado en sus funciones en 1908, acoge a pleno título la doctrina de la tradición que entiende la simulación total como la manifestación meramente externa de consentimiento, con ausencia de consentimiento interno⁴⁸, de *intentio* o de *animus contrahendi*⁴⁹. Se habla de nulidad por *defectu consensus*. Basta probar en el fuero externo esa falta de intención de contraer para considerar nulo el matrimonio⁵⁰.

Respecto al rechazo de las propiedades esenciales del matrimonio la jurisprudencia de estos primeros años experimenta cambios de cierta relevancia. La sent. *coram* Mori de 24 julio 1909, recoge el principio general según la cual no cualquier intención contraria a la indisolubilidad es suficiente para hacer nulo el matrimonio, sino sólo la que fue deducida en pacto o condición. Pero más adelante aboga por la relevancia de la intención excluyente, utilizando ya la expresión *positiva intentio*⁵¹.

En la sentencia *coram* Many de 21 enero 1911 no sólo se reconoce la relevancia de la voluntad excluyente sino que se emplea propiamente la expresión “acto positivo de voluntad” para referirse a las características del acto de excluir, entendido como voluntad específica que prevalece sobre la general. Junto a esto, quizá el aspecto más novedoso de esta sentencia es que el concepto de “acto positivo” se aplica también a la exclusión del matrimonio mismo, y no sólo de sus propiedades esenciales⁵².

A partir de estas sentencias se sostiene la suficiencia del acto positivo de voluntad contrario a las obligaciones esenciales para considerar el matrimonio nulo⁵³, también por tratarse de una intención dirigida a un objeto que no es el auténtico matrimonio⁵⁴. A mediados del año 1917 se cita ya el can.

⁴⁸ *Coram* Prior, 10 agosto 1912, *RRD* 4, 405.

⁴⁹ *Coram* Prior, 13 diciembre 1912, *RRD* 4, 460; *coram* Prior, 8 marzo 1913, *RRD* 5, 210-216; *coram* Perathoner, 21 abril 1915, *RRD* 7, 194-206.

⁵⁰ *Coram* Prior, 10 agosto 1912 (cf. nt. 49), 405.

⁵¹ *Coram* Mori, 24 julio 1909, *RRD* 1, 102-109.

⁵² *Coram* Many, 21 enero 1911, *RRD* 3, 15-29.

⁵³ En esta línea encontramos una *coram* Sebastianelli de 1 julio 1911, *RRD* 3, 325-331.

⁵⁴ *Coram* Cattani, 1 marzo 1913, *RRD* 5, 173-195. Estas últimas sentencias citan expresamente la tercera edición del tratado de Gasparri de 1904, donde se usa el concepto “acto positivo de voluntad excluyente”.

1086 del nuevo Código⁵⁵, ya promulgado aunque no entró en vigor hasta el 19 mayo 1918.

La síntesis doctrinal elaborada por Gasparri ejerció sin duda un influjo decisivo en la jurisprudencia rotal⁵⁶. La jurisprudencia tiende a considerar relevante el acto de voluntad excluyente siempre que éste sea “positivo”, es decir que se trate de un acto que procede de la voluntad y no es meramente interpretativo⁵⁷. El acto es excluyente en cuanto se opone a la voluntad general o implícita de contraer matrimonio *prout a Deo institutum est*, como establecía la presunción benedictina⁵⁸. Se entiende que hay dos actos de voluntad: uno general (por el que al querer contraer se quieren implícitamente todos los elementos esenciales del matrimonio) y un acto “positivo” excluyente de alguna de las propiedades del matrimonio, necesario para destruir la voluntad matrimonial⁵⁹.

3. El acto positivo de voluntad en el CIC 1917

3.1 Las fuentes del can. 1086 CIC 1917

Gasparri, en su edición del Código de 1917 con anotación de fuentes cita diversos tipos de documentos que han dado origen a las disposiciones del can. 1086: fuentes pontificias (la Decretal *Tua nos*, de Inocencio III, y una de las Propositiones del Syllabus de Pío IX) y respuestas de diversos Dicasterios de la Santa Sede (Sagrada Congregación del Santo Oficio, Sagrada Congregación del Concilio y Sagrada Congregación *De Propaganda Fide*)⁶⁰.

⁵⁵ La primera que hemos encontrado es la *coram* Sebastianelli, 27 julio 1917, *RRD* 9, 162.

⁵⁶ A. Stankiewicz, «De iurisprudencia» (cf. nt. 39), 219; Id., «Concretizzazione del fatto simulatorio» (cf. nt. 2), 266.

⁵⁷ *Coram* Mori, 28 enero 1914, *RRD* 6, 33.

⁵⁸ Benedicto XIV, *De synodo diocesana libri tredecim*, lib. 13, c. 22, n. 8.

⁵⁹ *Coram* Many, 29 febrero 1916, *RRD* 8, 52-53.

⁶⁰ *Codex Iuris Canonici Pii X Pontifici Maximi iussu digestus Benedicti Papae XV auctoritate promulgatus. Praefatione, fontium annotatione et indice analitico-alphabetico ab Emo. Petro Card. Gasparri auctus*, Romae 1918, 537.

Algunas de las respuestas de la Santa Sede se refieren a la simulación total del consentimiento: debe comprobarse que existe internamente una *intentio contrahendi*⁶¹; si se presta externamente un consentimiento matrimonial que internamente no existe, la celebración es nula⁶². Las causas planteadas ante la Sagrada Congregación del Concilio se refieren en muchos casos a situaciones de simulación total⁶³. Por otra parte, la Instrucción de la Sagrada Congregación de *Propaganda Fide* al Vicario Apostólico de Constantinopla de 1-X-1785, resulta de interés por plantear las problemáticas suscitadas a raíz de las celebraciones hechas ante el oficial estatal, reconocidas como canónicamente válidas, aunque ilícitas si no hay celebración ante la Iglesia⁶⁴.

La mayor parte de las respuestas del Santo Oficio son referentes a la exclusión de los bienes del matrimonio y particularmente de la indisolubilidad. Se trata de cuestiones planteadas a raíz del matrimonio de católicos con no católicos en los que a menudo se incluye una fórmula contraria a la indisolubilidad en el rito de celebración: si la fórmula de celebración contiene implícita o explícita condición contra la sustancia del matrimonio, éste es nulo⁶⁵; pero aun con la existencia de la fórmula, los contrayentes pueden querer el matrimonio *in sensu Ecclesiae*⁶⁶; se exige que el error sobre la indisolubilidad se haya deducido en condición⁶⁷, o por lo menos que “haya prevalecido la intención” de contraer un matrimonio disoluble⁶⁸; esto demuestra que el error ha pasado a formar parte del objeto del consentimiento, haciéndolo nulo. Se aprecia en varias de estas decisiones el influjo de la doctrina de Benedicto XIV, que se cita como fuente autorizada de varias de las respuestas⁶⁹.

Se podría afirmar que los conceptos de intención contraria *in pactum deducta*, intención contraria (condición *mente retenta*) e intención contraria prevalente, son los precedentes inmediatos del *actus positivus voluntatis*.

⁶¹ S.C.S. Off., Instr. 22 agosto 1860, ad Vic. Ap. Gallas.

⁶² S.C.S. Off., 19 agosto 1857, ad I, ad 5 (Tahiti), ad 5.

⁶³ Por ejemplo, la causa de 19 agosto 1724, *Mutuinen*.

⁶⁴ Instrucción al Vicario Apostólico de Constantinopla, de 1 octubre 1785.

⁶⁵ Así en la Instrucción de 6 abril 1843 ad Vic. Ap. Oceaniae.

⁶⁶ Así se dice en la respuesta de 22 julio 1840, ad. 2 (Promont. Bonae Spei), sobre un matrimonio celebrado siguiendo la fórmula calvinista.

⁶⁷ Instr. 20 junio 1866, pro Vic. Ap. ad Gallas, ad 25.

⁶⁸ Instr. 24 enero 1877, ad Ep. Nesquallien., n. 3.

⁶⁹ Instr. 9 diciembre 1874, ad Ep. S. Alberti, nn. 8, 9.

3.2 El iter redaccional del can. 1086 CIC 1917

Los esquemas del proceso de la primera codificación no han sido hechos públicos hasta 1985⁷⁰, año en el que dicho material ha sido puesto a disposición de los estudiosos al abrirse el Fondo del Archivo Secreto Vaticano (ASV) en el que se encuentran los trabajos de preparación y redacción⁷¹.

Para preparar los trabajos encaminados a la redacción del primer esquema de la Codificación Pio-Benedictina se hizo una distribución de las diversas materias y se confió cada una de ellas a dos consultores⁷². Éstos deberían redactar los votos⁷³ que servirían de base para los primeros esquemas del futuro Código. Para el estudio del consentimiento matrimonial fueron designados los Consultores Domenico Palmieri y Iulius De Becker.

El voto de D. Palmieri, S.I., Roma, 28 febrero 1905⁷⁴ sobre el consentimiento matrimonial, presenta una propuesta articulada en 10 cánones con anotaciones⁷⁵. El canon 4 del proyecto es el que se refiere al consentimiento simulado, y dice textualmente:

Consensus animi semper praesumitur conformis verbis in celebrando matrimonio prolatis.

⁷⁰ A pesar de que el propio Papa Pío X anunció su deseo de hacerlos públicos: Pío X, *Motu proprio Arduum sane munus*, ASS 36 (1903-1904) 551. Posteriormente había sido anunciada nuevamente tal intención: F. Roberti, «Codice Iuris Canonici Schemata De Processibus», en *Acta Congressus Iuridici Internationalis*, IV, Roma 1937, 29, nt. 1.

⁷¹ El material se agrupa en 96 cajas, y en cada una existen por lo general fascículos con páginas numeradas. Por lo que se refiere a nuestra investigación nos referiremos en las próximas páginas a: ASV, Fondo CIC: *Codex Iuris Canonici, Liber tertius, titulus VII De matrimonio, Caput VI De consensu matrimoniali*.

⁷² Sobre el proceso de codificación de 1917, método de trabajo, diversos tipos de documentos y material utilizado, etc., cf. el *Studio Introduttivo* de la obra de J. Llobell-E. De León-J. Navarrete, *Il Libro "De Processibus" nella codificazione del 1917*, Milano 1999, 17-86.

⁷³ Los *vota* eran pareceres o dictámenes solicitados por la Secretaría de la Comisión a los Consultores o Colaboradores. Su importancia es grande, pues debían servir de base para los primeros *Schemata*. Cf. J. Llobell-E. De León-J. Navarrete, *Il Libro "De Processibus"* (cf. nt. 72), 70-71.

⁷⁴ *Votum Rmi. P. Dominici Palmieri, S.I., Lib. III, tit. VII, De consensu matrimoniali*, Romae, 28 febrero 1905, en ASV, Fondo CIC, caja 55, n. 45. foll. 13.

⁷⁵ Los votos podían revestir formas distintas: un proyecto de articulado, un informe sobre una cuestión puntual, etc.

*Praesumptione manente, qui ficte consentit in matrimonium ceteroquin validum, tenetur fictionem exuere et consensum praestare*⁷⁶.

El canon 8 sobre las condiciones, remite expresamente al consentimiento simulado:

In celebratione matrimonii consensus absolutus exprimendus est absque ulla conditione aut modo.

Quaecumque conditiones de re futura incerta apponantur, actus vitiatur. Idem praestat modus, qui essentiae matrimonii adversatur.

*Si quis interius sub conditione consentiat, eo iure reitur quo qui ficte consentit (c. 4). Si quid praesens vel praeteritum aut certe futurum sub forma conditionis apponatur, actus statim valet, vel non valet*⁷⁷.

La propuesta seguía la línea marcada por la tradición anterior, considerando nulo el matrimonio contraído con simulación total, mientras para la exclusión eficaz de un elemento esencial, se requiere el pacto o la condición.

El voto de I. De Becker, Lovanii 31 marzo 1905⁷⁸: presenta un articulado en ocho cánones, con anotaciones al final del texto. Al tratar sobre el error en el canon III⁷⁹, se refiere a la irrelevancia del error *theoreticus seu iuris* y en nota fundamenta tal irrelevancia en la doctrina de Benedicto XIV y en otras respuestas de la Santa Sede⁸⁰.

El canon V trata sobre la ficción o simulación total del consentimiento: «*Fictio seu externa simulatio consensus interne deficiens matrimonialem excludit consensum: in foro vero externo, ad obtinendam declarationem nullitatis matrimonii tales sint oportet probationes quae dubium prudens quodcumque excludant*»⁸¹.

⁷⁶ *Votum Rmi. P. Dominici Palmieri* (cf. nt. 74), can. 4, 4.

⁷⁷ *Ibidem*, can. 8, 6; en nota al can. 8, 11, dice: «*si intra animum mansit conditio, putum cum huiusmodi homine eodem pacto agendum esse ac cum ficte consentiente*».

⁷⁸ *Votum Rmi. Dni. Iulius De Becker*, Lib. III, tit. VII, Caput VI De consensu Matrimoniali, Lovanii, 31 marzo 1905, en ASV, Fondo CIC, caja 55, n. 46, foll. 16.

⁷⁹ *Ibidem*, can. III, 4.

⁸⁰ *Ibidem*, Ad 3, 8.

⁸¹ *Ibidem*, can. V, 4.

A su vez, en línea con la tradición anterior, no hace referencia a la intención contraria a las propiedades más que al tratar de la condición y propone considerar nulo el matrimonio sometido a condición de futuro contra la sustancia del matrimonio⁸².

Sobre la base de los votos se debía redactar el primer Esquema de Oficio⁸³, trabajo que fue realizado con toda probabilidad por el Cardenal Gasparri⁸⁴. Este dato es muy significativo respecto al canon sobre la simulación, puesto el canon 5 del Schema I no responde a ninguno de los dos votos, sino que más bien refleja el pensamiento de Gasparri en esta materia. Este hecho por una parte confirmaría que fue la mano de Gasparri la que redactó el primer Esquema del futuro Código; por otra parte lleva a buscar en su pensamiento la clave de interpretación y especialmente la célebre expresión acto positivo de voluntad

El canon 5 del citado esquema, decía textualmente: «Intentio contrahentis semper praesumitur verbis cohaerens; at si alterutra vel utraque pars, dum contrahit, positivo voluntatis actu excludit matrimonium ipsum, aut eiusdem substantiam vel essentialem qualitatem, invalide contrahit; non autem si excludit sacramenti dignitatem»⁸⁵.

El can. 11 del mismo esquema, sobre la condición, no hace referencia alguna a las condiciones contra substantiam matrimonii.

En el acta de la Consulta particular de 4 de enero de 1906⁸⁶ se hicieron algunas sugerencias al contenido del canon 5: la más importante fue la que hicieron Mons. Sebastianelli y Wernz, que propusieron suprimirlo, por contener una disposición moral y no jurídica.

La redacción del canon 5 en el segundo esquema presenta el siguiente tenor literal⁸⁷:

⁸² Ibidem, can. VIII, §3, 6.

⁸³ Codex Iuris Canonici, Schema I De consensu matrimoniali, cc. 12, en ASV, Fondo CIC, caja 55, n. 47.

⁸⁴ En el Archivo Secreto no se han encontrado rastros de una reunión previa al Esquema I, que fue el texto inicial sometido al estudio y discusión de la Comisión de Consultores: P. Geffell, «Il matrimonio condizionato nella codificazione Pio-Benedettina. Fonti del c. 826 CCEO», *Ius Ecclesiae* 7 (1995) 594.

⁸⁵ Codex Iuris Canonici, Schema I De consensu matrimoniali, cc. 12, en ASV, Fondo CIC, caja 55, n. 47, 2. El subrayado es nuestro.

⁸⁶ Libro III, Tit. VII, Cap. VI, De consensu matrimoniali (manuscrito), foll. 8, en ASV, Fondo CIC, caja 55, n. 48.

⁸⁷ Codex Iuris Canonici, Schema II cum notis, Libro III, Tit. VII, cap. VI, De consensu

§ 1. Consensus animi semper praesumitur conformis verbis in celebrando matrimonio adhibitis.

§ 2. At si alterutra vel utraque pars, dum contrahit, positivo voluntatis actu excludat matrimonium ipsum, aut eiusdem substantiam vel essentialem proprietatem, invalide contrahit (1)⁸⁸.

En la Consulta parcial del 11 enero 1906⁸⁹, la única alusión a este canon es la breve nota en la que se dice: Can 5: “Se aprueba con la nota”. En la Consulta parcial del 25 de enero de 1906 se debatieron nuevamente algunos aspectos sobre el contenido del canon 5. En los esquemas anteriores se añadió en nota que algunos consultores suprimirían el párrafo 2 del canon. Aquí aparecen los nombres y las razones aducidas: se considera repetitivo e innecesario si el can. 11 considera que cualquier condición hace nulo el matrimonio.

En el cuarto esquema⁹⁰ el canon sobre la simulación pasó a ser el número 6. A tenor de lo discutido en la Consulta parcial se recogen algunas de las sugerencias pero sin suprimir el discutido párrafo segundo. A la vez se introducía una importante modificación en materia de condiciones, al considerar nulo el matrimonio sometido a cualquier tipo de condición en el nuevo canon 13.

El sexto esquema sobre el consentimiento matrimonial mantiene el tenor literal del canon 6 tal como aparecía en el esquema anterior y continúa la nota al párrafo segundo sobre el deseo de suprimirlo por parte de algunos Consultores⁹¹.

El Esquema final enviado a la Consulta General⁹² mantiene el mismo

matrimoniali, cc. 12, en ASV, Fondo CIC, caja 55, n. 50. Codex Iuris Canonici, Schema III cum notis, Libro III, Tit. VII, cap. VI, De consensu matrimoniali, cc. 12, en ASV, Fondo CIC, caja 55, n. 59.

⁸⁸ (1) «Gli stessi consultori (alcuni) sopprimerebbero anche questo canone».

⁸⁹ Libro III, Tit. VII, Cap. VI, De consensu matrimoniali (mecanografiado), en ASV, Fondo CIC, caja 55, n. 51.

⁹⁰ Codex Iuris Canonici, Schema IV cum notis, Libro III, Tit. VII, cap. VI, De consensu matrimoniali, cc. 14, en ASV, Fondo CIC, caja 55, n. 65.

⁹¹ Codex Iuris Canonici, Schema VI cum notis, Libro III, Tit. VII, cap. VI, De consensu matrimoniali, cc. 14, en ASV, Fondo CIC, caja 55, n. 74.

⁹² Cf. *Schema finale* inviato alla Consulta Generale (dei Consultori), Liber Tertius, Titulus VII, De matrimonio, Cap. VI, De consensu matrimoniali (cc. 14) a Cap. XII en ASV, Fondo CIC, caja 55, n. 80.

texto para el canon 6. Dicho esquema fue enviado a los Consultores, que tuvieron ocasión de hacer las observaciones oportunas⁹³. En la Congregación particular de 21 mayo 1906 parece haber acuerdo sobre el tenor final del canon 6⁹⁴, que en el esquema sucesivo⁹⁵, con el número 93, aparece con el siguiente tenor:

§ 1. Internus animi consensus semper praesumitur conformis verbis in celebrando matrimonio adhibitis.

§ 2. At si alterutra vel utraque pars, dum contrahit, positivo voluntatis actu excludat matrimonium ipsum, aut ius ad coniugalem actum vel essentialem matrimonii proprietatem, invalide contrahit.

§ 3 Manente consensus praesumptione, qui ficte consensit in matrimonium tenetur fictionem exuere et consensum praestare.

El canon sobre la simulación sufrió sucesivamente algunas ligeras modificaciones, en la línea de lo que ya habían planteado algunos consultores⁹⁶, y quizá teniendo también en cuenta otras observaciones hechas con posterioridad, hasta llegar a su tenor final⁹⁷ en el can. 1086 del CIC 1917:

§ 1. Internus animi consensus semper praesumitur conformis verbis vel signis in celebrando matrimonio adhibitis.

§ 2. At si alterutra vel utraque pars positivo voluntatis actu excludat matrimonium ipsum, aut omne ius ad coniugalem actum, vel essentialem aliquam matrimonii proprietatem, invalide contrahit.

Estos datos nos permiten confirmar la decisiva influencia de Gasparri en la redacción del canon 1086 desde su primera versión, preparada por él

⁹³ Animadversiones de los Consultores, contenidas en ASV, Fondo CIC, caja 56. En realidad sólo un Consultor parecía de acuerdo con la redacción.

⁹⁴ ASV, Fondo CIC, caja 56, n. 8.

⁹⁵ Schema II, Liber tertius, titulus VII De matrimonio, en ASV, Fondo CIC, caja 56, n. 9, foll. 28, cc. 100.

⁹⁶ Sobre todo la supresión del último párrafo.

⁹⁷ Posteriormente a los esquemas elaborados de oficio (los vistos hasta ahora), la Comisión especial de Cardenales elaboró 5 *Schemata* oficiales, en 1909, 1913, 1914, 1916 y 1917. El de 1913 fue enviado a los Obispos y Superiores regulares, para que propusieran observaciones. El Esquema de 1914 recoge ya dichas observaciones.

mismo distanciándose de los contenidos de los *Vota* preparados por Palmieri y De Becker, así como a lo largo del proceso de redacción de los cánones del consentimiento, no acogiendo las reiteradas propuestas de supresión del párrafo segundo, en el que se introducía por primera vez en un texto legal el concepto de “acto positivo de voluntad”⁹⁸.

Por lo que se refiere a la condición, el can. 1092 incluyó las condiciones de futuro contra la sustancia del matrimonio como causa invalidante, probablemente para dar continuidad a la tradición iniciada con la Decretal *Si conditiones* de Gregorio IX. Tal opción fue objeto de controversia en la doctrina posterior, puesto que no se trataba de una condición en sentido propio. Pero la principal objeción a la existencia de tal figura se basó precisamente en que la mayor parte de la doctrina consideraba que este tipo de condiciones no se diferenciaban sustancialmente del acto positivo de voluntad excluyente contenido en el can. 1086 § 2 del mismo texto codicial⁹⁹.

4. La doctrina posterior al CIC 1917

El período que corre entre el Código de 1917 y el promulgado en 1983 se caracteriza por la existencia de dos figuras legales que acogen el rechazo del matrimonio y de sus propiedades esenciales: la simulación (can. 1086 § 2) y la condición de futuro *contra substantia matrimonii* (can. 1092, 2°).

Como hemos visto, será el can. 1186 § 2, sobre la simulación, el que contenga la expresión “acto positivo de voluntad” referido al rechazo del matrimonio mismo o de sus propiedades esenciales. Hay quienes han con-

⁹⁸ Después de cada reunión de los miembros de la Comisión (Congregaciones), era Gasparri quien preparaba el siguiente esquema y lo imprimía para someterlo a nuevo estudio. Así lo explica él mismo: «in verità questa redazione unica io la facevo a mio modo ed era necessario che la facessi subito cioè la domenica stessa nelle ore pomeridiane e il lunedì affinché la tipografia potesse stamparla, io correggerla e il mercoledì rimetterla ai membri della Commissione per la discussione della futura domenica». P. Gasparri, «Storia della Codificazione del diritto canonico per la Chiesa latina», en *Acta Congressus* (cf. nt. 71), 7.

⁹⁹ Véase el completo estudio de D. Staffa, *De conditione contra matrimonii substantiam*, Romae 1955, n. 11, 31-32. A. Stankiewicz, «Concretizzazione del fatto simulatorio» (cf. nt. 2), 265.

siderado la expresión como una de las más felices del Código¹⁰⁰, puesto que la fórmula contiene un alto valor expresivo, además de subrayar la necesidad de un acto ilícito para viciar de raíz el consentimiento matrimonial¹⁰¹. Sin embargo, la cuestión verdaderamente importante es la interpretación que se le dio a dicha expresión ya desde los primeros años de vigencia del Código.

4.1 *El acto positivo excluyente del can. 1086 § 2 CIC 1917*

Desde el momento en que la expresión “acto positivo de voluntad” pasó a formar parte del Código en 1917 fue objeto de estudio e interpretación. Una parte de la doctrina¹⁰² y también la jurisprudencia rotal inmediata¹⁰³ pareció no considerar la introducción del concepto como un cambio relevante respecto a la tradición anterior y siguió considerando la condición como requisito de prueba del acto positivo de voluntad excluyente. La mayor parte de la doctrina entendió sin embargo que el Código introducía una novedad importante al considerar relevante la intención positiva contraria a los elementos esenciales del matrimonio, sin necesidad de que ésta se formulara a través de pacto o condición¹⁰⁴.

En la interpretación doctrinal posterior al Código de 1917 se consideraron diversas características del mismo¹⁰⁵:

a) Debe tratarse de un acto efectivamente subsistente, que no se puede confundir con la simple falta de *intentio contrahendi*. El acto positivo de voluntad será ante todo entendido como un acto opuesto a un acto negativo,

¹⁰⁰ O. Giacchi, *Il consenso nel matrimonio canonico*, Milano 1950, 63; J.M. Mans Puigarnau, *El consentimiento matrimonial*, Barcelona 1956, 133.

¹⁰¹ E. Graziani, «L'esclusione dello ius ad coniugalem actum. L'esclusione di una proprietà essenziale del matrimonio», *Quaderni romani di diritto canonico* 1 (1977) 29.

¹⁰² I. Chelodi, *Ius matrimoniale*, Tridenti 1937, 144; Th. Vlaming, *Praelectiones iuris matrimonii ad normam Codicis iuris canonici*, Bussum in Hollandia 1921, 154.

¹⁰³ *Coram* Wynen, 26 julio 1934, nn. 2-5, *RRD* 26, 524; *coram* Heard, 7 marzo 1942, n. 2, *RRD* 34, 167; *coram* Ewers, 18 mayo 1968, n. 6, *RRD* 60, 617.

¹⁰⁴ D. Staffa, «De actu positivo voluntatis quo bonum essenziale matrimonii excluditur», *Monitor Ecclesiasticus* 74 (1949) 164.

¹⁰⁵ P. Bianchi, «L'esclusione degli elementi e delle proprietà essenziali del matrimonio», en *El matrimonio y su expresión canónica ante el III milenio*, Pamplona 2000, 1213-1214.

es decir a la mera ausencia o al defecto de inclinación por parte de la voluntad¹⁰⁶. No basta, por tanto, la mera carencia de la voluntad matrimonial, sino que se requiere necesariamente la presencia de una positiva voluntad contraria tendente a excluir las mismas nupcias o alguno de sus bienes¹⁰⁷. *Positivus* equivale a *qui ponitur*. Se trata por tanto de la volición de algo concreto, es decir de la voluntad de introducir en el matrimonio la propia concepción del mismo¹⁰⁸.

b) El acto positivo de voluntad ha de ser expresión de una voluntad completamente formada, y no simplemente de un error en el ámbito intelectual (*simplex error*). La doctrina es unánime al interpretar la relevancia invalidante del acto positivo de voluntad en contraste con la irrelevancia del simple error sobre las propiedades¹⁰⁹. El simple error pasa a ser positivo en cuanto deja de permanecer en el intelecto para formar parte de la voluntad matrimonial. En este sentido se dice “positivo”¹¹⁰. En el error el sujeto tiene una única voluntad dirigida al matrimonio, mientras en la simulación hay dos voluntades opuestas que se destruyen mutuamente¹¹¹.

c) El acto *positivo* no puede ser una voluntad meramente genérica, habitual o interpretativa; pero basta que sea virtual. La voluntad habitual es la que no influye en el actuar del sujeto. Tampoco puede confundirse con una voluntad interpretativa en la que el sujeto no manifiesta su voluntad real, sino la que hubiera expresado en otras circunstancias¹¹². Ambos estados de la voluntad no expresan la voluntad real del contrayente en el mo-

¹⁰⁶ F.M. Cappello, *Tractatus canonico-moralis de sacramentis*, V, *De matrimonio*, Taurini-Romae 1950⁶, 574.

¹⁰⁷ J.M. Mans Puigarnau, *El consentimiento* (cf. nt. 100), 134-135.

¹⁰⁸ E. Graziani, «Atto positivo di volontà, condizione e patto contra matrimonii substantiam», *Il Diritto Ecclesiastico* 61 (1950) 412; P. Fedele, *L'essenza del matrimonio canonico e la sua esclusione*, en Id., *Studi sul matrimonio canonico*, Roma 1982, 164.

¹⁰⁹ A. Vermeersch-J. Creusen, *Epitome iuris canonici*, II, Mechliniae-Romae 1940, 261. En el mismo sentido I. Chelodi, *Ius canonicum de matrimonio*, Vicenza 1947, 127-128.

¹¹⁰ J.M. Mans Puigarnau, *El consentimiento* (cf. nt. 100), 117; P. Huizing, «Intenzione e condizione nel consenso matrimoniale», *Monitor Ecclesiasticus* 43 (1931) 74-75. M. Conte a Coronata, *Institutiones Iuris Canonici ad usum utriusque cleri et scholarum*, III, Taurini 1948, 615.

¹¹¹ I. Chelodi, *Ius canonicum* (cf. nt. 109), 140-141. En el mismo sentido, M. Conte a Coronata, *Institutiones* (cf. nt. 110), 619.

¹¹² A. Vermeersch-J. Creusen, *Epitome iuris canonici* (cf. nt. 109), 263.

mento de la celebración¹¹³ y no forman parte del consentimiento¹¹⁴. Pero se considera suficiente, para la “positividad” del acto de voluntad, que éste sea virtual¹¹⁵.

d) No es necesario que se trate de una condición propiamente dicha, ni que sea *in pactum deducta*. Para algunos autores la condición y el acto positivo de voluntad no difieren ni por razón del estado de la mente del contrayente ni por el efecto en el consentimiento matrimonial; por eso tal acto positivo tiene la fuerza y el efecto de la condición¹¹⁶. Siguiendo la doctrina de Benedicto XIV se afirma que sólo la intención prevalente, es decir, la que tiene el valor de una condición *sine qua non*, puede hacer nulo el consentimiento. Se trata no tanto de dos voluntades de las cuales una es prevalente, sino de dos voliciones que se combinan, no coexistiendo, sino subordinándose una a la otra¹¹⁷.

La doctrina entiende de un modo diverso el sentido que hasta el momento se había dado a la expresión *in pactum deducta* referida a la condición: ya no se trata de un acuerdo entre las partes sobre el objeto de tal intención o condición, sino de una condición puesta *in pactum*, es decir en el momento de contraer. Es suficiente un acto unilateral, para que afecte a la validez del consentimiento¹¹⁸. En ocasiones la doctrina asimilará en la práctica el acto positivo de voluntad con un acto que adquiere la valencia de condición *sine qua non*¹¹⁹. Algunos autores, afirmando la fuerza irritante del acto positivo de voluntad, en el ámbito probatorio exigen el pacto o la condición¹²⁰.

e) Se reconocen, en el acto de contraer, dos voluntades, de las cuales sólo la que sea “positiva” tiene capacidad de anular la voluntad general de con-

¹¹³ P. Huizing, «Intenzione e condizione» (cf. nt. 110), 75.

¹¹⁴ D. Staffa, «De actu positivo voluntatis» (cf. nt. 104), 166.

¹¹⁵ M. Conte a Coronata, *Institutiones* (cf. nt. 110), n. 511, 697-698; P. Huizing, «Intenzione e condizione» (cf. nt. 110), 76.

¹¹⁶ D. Staffa, «De actu positivo voluntatis» (cf. nt. 104), 165; F.M. Cappello, *Tractatus canonico-moralis* (cf. nt. 106), n. 593; M. Conte a Coronata, *Institutiones* (cf. nt. 110), 620.

¹¹⁷ E. Graziani, *Volontà attuale e volontà precettiva nel negozio matrimoniale canonico*, Milano 1956, 164.

¹¹⁸ F.M. Cappello, *Tractatus canonico-moralis* (cf. nt. 106), 578.

¹¹⁹ P. Huizing, «Actus excludens substantiale matrimonii. Crisi doctrinae et Codicis», *Gregorianum* 45 (1964) 515.

¹²⁰ M. Conte a Coronata, *Institutiones* (cf. nt. 110), 620.

traer. Quien simula “quiere” (declara querer) contraer matrimonio, pero a la vez “no quiere” una o varias de sus propiedades o elementos esenciales. El modo de formular los términos y el modo de la oposición varían según los autores. Algunos colocarán las dos voluntades en términos de oposición¹²¹. El consentimiento matrimonial es una voluntad positiva que sólo puede ser destruida o eliminada por otra voluntad positiva de signo contrario, el acto excluyente¹²². Por eso no sería necesario que se dé condición o acuerdo entre las partes, si la voluntad contraria es “positiva”¹²³. Otros entienden la prevalencia de la voluntad excluyente, no como opuesta sino como específica y posterior a la voluntad general, de modo que la anula, o más bien demuestra que no ha existido esa voluntad general, sino la específicamente puesta por el contrayente¹²⁴.

4.2 El acto positivo de voluntad en la simulación total

Un dato relevante en la codificación de 1917 es que el can. 1086 coloca bajo un mismo título de nulidad el fenómeno de la *fictio* o simulación total y el de la simulación parcial. La expresión “acto positivo de voluntad” se aplica a todo el fenómeno. Tradicionalmente se había entendido la simulación total como la ausencia de *animus contrahendi*, pero buena parte de la doctrina post-codicial, siguiendo la letra del can. 1086 § 2 empieza a interpretar tal fenómeno como exclusión del mismo matrimonio por acto positivo de voluntad, es decir, como *animus non contrahendi*¹²⁵.

A pesar de que el mismo Gasparri en su Tratado de 1932 sigue entendiendo la simulación total como ausencia de voluntad interna, para un sector doctrinal el requisito del “acto positivo” implica que la ausencia del ánimo de contraer no constituye simulación si no va acompañada de un acto de voluntad contrario a la manifestación externa¹²⁶.

¹²¹ Th.M. Vlaming, *Praelectiones* (cf. nt. 102), 154.

¹²² P. Huizing, «Intenzione e condizione» (cf. nt. 110), 75.

¹²³ F. Wernz-P.Vidal, *Ius canonicum*, V, *Ius matrimoniale*, Romae 1928, 552.

¹²⁴ F.M. Cappello, *Tractatus canonico-moralis* (cf. nt. 106), 574. I. Chelodi, *Ius canonicum* (cf. nt. 109), 140.

¹²⁵ F. Wernz-P.Vidal, *Ius canonicum* (cf. nt. 123), 551.

¹²⁶ O. Giacchi, *Il consenso* (cf. nt. 100), 66.

También la jurisprudencia empieza a exigir una duplicidad de voluntades en la simulación total. Al inicio son pocas las sentencias que se hacen eco de este enfoque¹²⁷ que se hace prevalente hacia los años 40¹²⁸.

Con todo, sigue habiendo autores que entienden la simulación total como ausencia de *intentio contrahendi* y aplican los requisitos del acto positivo sólo a la simulación parcial¹²⁹.

En esta línea de interpretación, destacamos la exposición de J. Hervada que, en un temprano artículo sobre la cuestión, defiende esta postura con sólidos argumentos fundados en la doctrina clásica y en el propio concepto de consentimiento acogido en el Código¹³⁰. Los aspectos fundamentales de la tesis se pueden resumir del siguiente modo: a) existe una estrecha relación entre el can. 1081 y 1086 del CIC: el can. 1081 indica un dato fundamental, y es que el matrimonio lo hace el consentimiento de las partes, que debe ser legítimamente manifestado; el can. 1086 deberá determinar cuándo falta ese consentimiento; b) el signo matrimonial es unitario, y tiene dos elementos: la voluntad interna y su manifestación externa; este último, sin el primero, o el primero sin el segundo, no pueden constituir el signo; c) el consentimiento interno es la causa del vínculo matrimonial, mediante su manifestación externa; luego, es sobre todo en la ausencia de consentimiento donde radica el fenómeno de la simulación total; d) el acto positivo excluyente que prescribe el can. 1086 § 2 hay que entenderlo en función del principio consensual establecido en el can. 1081; e) en el fenómeno de la simulación total no hay dos voluntades, una dirigida a producir el signo externo y otra a anular sus efectos; hay una sola voluntad de exclusiva adhesión al signo externo (a la celebración del matrimonio) pe-

¹²⁷ *Coram* Massimi, 16 agosto 1922, n. 3, *RRD* 14, 309; *coram* Parrillo, 18 julio 1923, n. 2, *RRD* 15, 166; *coram* Parrillo, 5 julio 1923, n. 2, *RRD* 15, 143; *coram* Jullien, 29 febrero 1924, n. 2, *RRD* 16, 67; *coram* Mannucci, 28 abril 1925, n. 3, *RRD* 17, 175; *coram* Jullien, 17 julio 1929, n. 3, *RRD* 21, 297-298; *coram* Grazioli, 27 mayo 1935, *RRD* 27, 332-243.

¹²⁸ *Coram* Canestri, 22 marzo 1943, n. 11, *RRD* 35, 368; *coram* Heard, 10 julio 1948, n. 2, *RRD* 40, 282-283; *coram* Staffa, 16 junio 1948, n. 2, *RRD* 40, 245.

¹²⁹ A. Vermeersch-J. Creusen, *Epitome iuris canonici* (cf. nt. 109), 262; Th.M. Vlaming, *Praelectiones* (cf. nt. 102), 152; C. Badii, «La simulazione del consenso nel matrimonio», *Il Diritto Ecclesiastico* 40 (1929) 53.

¹³⁰ J. Hervada, «La simulación total», publicado por primera vez en *Ius Canonicum* 2 (1962) 723-760. Incluido posteriormente en la recopilación de estudios del mismo autor *Vetera et Nova. Cuestiones de Derecho Canónico y afines* (1958-1991), I, 237-293.

ro sin que exista voluntad interna; es decir, en una discordancia querida entre la manifestación externa y la voluntad interna.

4.3 *Las condiciones contra la sustancia del matrimonio*

En el período que estamos considerando estas condiciones coexisten junto al fenómeno de la simulación parcial como otra modalidad de rechazo del matrimonio o de sus elementos esenciales. La cercanía conceptual de ambas figuras explica que la doctrina no siempre distinga netamente la categoría de la exclusión condicional y la de la exclusión por acto positivo de voluntad¹³¹.

Un sector minoritario de la doctrina sigue utilizando indistintamente los conceptos de *intentio* entendida como el *actus positivus voluntatis*, y *conditio*, requiriendo para el acto positivo mencionado en el can. 1086 § 2, la forma condicional. Se da en este caso una asimilación del acto positivo a la condición del can. 1092¹³².

Un sector más amplio de autores considera la condición y la exclusión como capítulos diversos de nulidad aunque en muchos de los casos se limitan a apoyar la diversidad precisamente en que el Código los trata de modo diferenciado¹³³. Aun así, no pocos insisten en el hecho de que las condiciones contra la sustancia no son condiciones en sentido estricto porque no suspenden la eficacia del consentimiento; más que viciar el consentimiento, lo hacen imposible porque no pueden coexistir con él¹³⁴.

Algunos autores identifican ambos supuestos (exclusión y condición contra la sustancia)¹³⁵, porque juzgan que la condición contra la sustancia

¹³¹ Cf. M. Tinti, *Condizione esplicita e consenso implicitamente condizionato nel matrimonio canonico*, Roma 2000, 132.

¹³² I. Chelodi, *Ius canonicum* (cf. nt. 109), n. 125, 152. Th.M. Vlaming, *Praelectiones* (cf. nt. 102), 154.

¹³³ A. De Smet, *Tractatus Theologico-canonicus de sponsalibus et matrimonio*, Brugis 1927, 129-130. A. Vermeersch-J. Creusen, *Epitome iuris canonici* (cf. nt. 109), 268; O. Giacchi, *Il consenso* (cf. nt. 100), 176.

¹³⁴ M. Conte a Coronata, *Institutiones* (cf. nt. 110), 696-697; V. Del Giudice, «Appunti circa il can. 1092 del Codex Iuris Canonici», *Il Diritto Ecclesiastico* 66 (1955) 17-18; F. Wernz-P.Vidal, *Ius canonicum* (cf. nt. 123), 611.

¹³⁵ Aunque aclaramos que existen pequeños matices que diferencian las posturas de algu-

ha quedado absorbida en la nueva figura de la exclusión por acto positivo de voluntad: la intención, por acto positivo de voluntad, mediante el que se limita el objeto del consentimiento, absorbe la condición contra la sustancia. Estos autores consideran el can. 1092, 2º superfluo, en cuanto no se refiere a otra cosa que a la exclusión del matrimonio o de sus propiedades por acto positivo de voluntad, es decir, por una *intentio* contraria al matrimonio o a sus propiedades¹³⁶. Tal postura se apoya en presupuestos exactamente contrarios a los que apoyaban la autonomía de la figura: a) las condiciones contra la sustancia no son condiciones en sentido estricto¹³⁷, por eso pueden resolverse en el *actus positivus voluntatis*; este acto ha de entenderse como *positivus* en la medida que tenga *vis conditionalis*¹³⁸; b) el objeto del acto de voluntad es idéntico: los elementos sustanciales del matrimonio, y también es idéntica la *ratio* de la nulidad, que es el defecto de consentimiento matrimonial, y no la no verificación de la condición¹³⁹; c) en las condiciones suele haber dos actos de voluntad, mientras en las condiciones *contra substantiam* hay un solo acto de voluntad, precisamente el acto excluyente¹⁴⁰.

La jurisprudencia rotal de este período consideró las condiciones contra la sustancia del matrimonio bajo el supuesto de exclusión por acto positivo de voluntad del can. 1086 § 2, considerando la condición medio de prueba de la exclusión¹⁴¹; en efecto, en los índices de las recopilaciones de sentencias a partir de 1927, se incluyen en el capítulo dedicado a la simulación.

nos de estos autores, para simplificar, los hemos colocado en un mismo apartado. En unos casos la identificación es total, en otros, se considera la condición contra la sustancia como una de las formas del acto positivo de voluntad: sobre esta última postura, P. Fedele, «L'Essenza del matrimonio», en *Studi sul matrimonio canonico*, Roma 1982, 116-118; S. Berlingò, «Motivi e prospettive per una riforma del can. 1092», *Ephemerides Iuris Canonici* 34 (1978) 49.

¹³⁶ P. Ciprotti, «A proposito di "intentio" e "conditio contra matrimonii substantiam"», *Rivista del diritto matrimoniale italiano* 3 (1936) 360; G. Dossetti, *La violenza nel matrimonio in diritto canonico*, Milano 1943, 42.

¹³⁷ P. Huizing, «Actus excludens» (cf. nt. 119), 521.

¹³⁸ E. Graziani, «Atto positivo di volontà» (cf. nt. 108), 421.

¹³⁹ P. Fedele, «L'Essenza del matrimonio» (cf. nt. 135), 120.

¹⁴⁰ P. Huizing, «Actus excludens» (cf. nt. 119), 521; Id., «Intenzione e condizione» (cf. nt. 110), 79.

¹⁴¹ R. Baccari, «Disamina della recente giurisprudenza rotale sulla c.d. simulazione parziale», *Il Diritto Ecclesiastico* 64 (1953) 392-393. El acto positivo de voluntad se considera co-

Más allá de las diversas posiciones y matices, lo que está claro es que tanto la exclusión como la condición, para ser eficazmente invalidantes, requieren un acto positivo de voluntad, es decir una intención de excluir del objeto del consentimiento un elemento esencial del matrimonio, o de condicionar el consentimiento a la ausencia de tal elemento¹⁴².

Independientemente de la posición adoptada en relación a la autonomía de las condiciones contra la sustancia respecto a las exclusiones, los autores de este período interpretan en sentidos diversos el acto psicológico en uno y otro supuesto. Mientras para unos el acto positivo excluyente es un acto simple y único¹⁴³, para otros existirían dos actos de voluntad.

5. Conclusiones

La primera noción de simulación es la que se refiere a la exclusión del matrimonio mismo, posteriormente denominada *simulación total*, precisamente por diferenciarla de la *simulación parcial*, noción de maduración mucho más tardía. El planteamiento originario de la simulación se centró en determinar cuál era la intención real de los contrayentes, de modo que la falta de voluntad de contraer es lo que hacía nulo el matrimonio. La *simulación parcial* es un concepto construido en el ámbito canónico a partir de la condición, concretamente de la llamada *conditio contra matrimonii substantiam*. Se suele distinguir entre la condición *in pactum deducta* (es decir, acordada entre los contrayentes en el pacto), y aquella denominada *mente retenta* (es decir, no pactada con la otra parte). Esta segunda forma es la que da lugar al moderno concepto de simulación parcial.

Será en el s. XIX cuando se sistematice definitivamente el consentimiento simulado. Esta construcción doctrinal pasa a formar parte de la norma positiva canónica bajo el indudable influjo de Gasparri en el CIC 1917, que en su can. 1086 establece para la eficacia invalidante de la simulación

mo *condición interna*, que se equipara al acto positivo de voluntad: *coram* Felici, 31 octubre 1951, n. 2, *RRD* 43, 671.

¹⁴² D. Staffa, «De actu positivo voluntatis» (cf. nt. 104), 164; E. Graziani, *Volontà attuale e volontà precettiva* (cf. nt. 117), 187.

¹⁴³ M. Conte a Coronata, *Institutiones* (cf. nt. 110), 697-698. S. Fraghi, *De condicionibus matrimonio appositis*, Roma 1941, 72.

el requisito de un “acto positivo de voluntad” contrario al matrimonio o a sus elementos esenciales. La introducción del requisito se hace en un contexto cristiano, en el que se presupone que todos conocen la institución matrimonial con sus rasgos esenciales y se presume que al casarse quieren ese “modelo matrimonial” a no ser que se demuestre lo contrario, es decir una voluntad contraria expresada mediante un “acto positivo”, idea que proviene en parte, como hemos visto, del esquema del matrimonio condicionado, al que progresivamente se han ido eliminando requisitos.

La simulación total y la parcial son fenómenos fáctica y jurídicamente distintos que han sido asimilados por la norma y por la doctrina canónica. Aunque originariamente la simulación se entendió como simple ausencia de intención de contraer matrimonio, por influjo de la figura de la simulación parcial (marcada por el esquema de la condición entendida como voluntad contraria a un elemento esencial del matrimonio), pasa a exigirse un acto positivo de voluntad contrario al matrimonio. En este sentido se formula e interpreta, como hemos visto, la expresión “acto positivo de voluntad”.

La interpretación de las normas se ha de hacer también considerando las circunstancias del momento en que se establece y en que se aplica una determinada disposición. Este enfoque de la simulación, formulado en un contexto cristiano, parece hoy insuficiente. En nuestros días, no raramente las personas no pueden realizar un acto expreso de rechazo del matrimonio porque no llegan a identificar mínimamente lo que implica donarse conyugalmente. Por otra parte, el estudio del fenómeno simulatorio, y concretamente del “acto positivo de voluntad” no puede hacerse al margen de la consideración del consentimiento matrimonial como acto psicológico jurídicamente relevante. Tal formulación, no parece adecuada desde un punto de vista psicológico, ya que aparte de presuponer la idea de consentimiento como adhesión a un esquema legal, lo cual es una concepción antinatural de lo que es contraer matrimonio, hay que considerar que los contrayentes en realidad sólo expresan una voluntad, la de consentir a su unión, si esa intención es matrimonial o no es lo que debe determinar el juez eclesiástico al aplicar el capítulo de la simulación.

Abstract

El estudio expone la génesis de la construcción doctrinal de la simulación y su primera positivación (CIC 1917), mostrando el decisivo influjo

del pensamiento de Gasparri en la redacción del can. 1086 y en su interpretación. La exigencia del “acto positivo de voluntad” para probar la exclusión aparece en un contexto cultural cristiano, en el que se puede presumir en los contrayentes un conocimiento de la institución matrimonial y en consecuencia, una intención general de contraer matrimonio tal como ha sido instituido por Dios. El estudio ofrece la base doctrinal para replantear la interpretación de este requisito en el régimen jurídico vigente, en un contexto social muy distinto a aquel en el que se formuló.

This analysis presents the genesis (origins) of the doctrinal mindset of simulation and its first legal construction (CIC 1917) with the decisive influence of Gasparri in the drafting of canon 1086 and its interpretation. The requirement of “a positive act of the will” appear in the midst of a Christian cultural context in which it could be presumed that the contracting parties have a general intention of contracting marriage as it was instituted by God. This study gives the doctrinal basis to make an adequate interpretation of this requirement in the present juridical system, within a social context quite different from that in which it was originally formulated.

