

a corto plazo, vaya a ser modificada la Ley 30/1981.

Ya en la órbita del comentario a los Acuerdos se me ocurre mencionar algo sobre lo que, en su momento, llamó la atención a algún sector doctrinal, y es el hecho de que, al menos en esta materia, el AJ resulta, en

alguno de sus puntos, ambiguo; extremo éste sobre el que la Santa Sede debía ser consciente, pues, procuró dar mayor precisión en el Concordato italiano de 1984 a aquellas cláusulas que en nuestro país se consideraron más conflictivas.

LOURDES BABÉ

VV. AA., *El «consortium totius vitae». Curso de Derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro VII*. Salamanca 1986. 472 págs.

Aparecen recogidas en este séptimo volumen de la serie *Curso de Derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro* las ponencias presentadas al IX Simposio de los que anualmente suele organizar la Facultad de Derecho Canónico de la Universidad Pontificia de Salamanca, en esta ocasión conjuntamente con el Departamento de Derecho Canónico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga y el Ilustre Colegio de Abogados de la misma ciudad.

El tema central elegido como objeto de estudio para el Simposio tiene un particularísimo interés en el momento actual para el Derecho matrimonial canónico; tras la promulgación del Código de 1983, con su indudable intento de recibir y formular jurídicamente las nuevas luces aportadas por el Concilio Vaticano II a la doctrina sobre el matrimonio, el punto crucial para la ciencia canónico-matrimonial hoy no es otro que volver a plantearse la noción jurídica misma del matrimonio canónico y delimitar hasta qué punto tiene relevancia en ésta, más allá de la mutua entrega y aceptación del derecho perpetuo y exclusivo a los

actos ordenados a la procreación de la prole, la consideración de la persona misma de cada contrayente en cuanto elemento que debe integrar el objeto del consentimiento matrimonial; así sucederá efectivamente en el caso de que a la esencia del matrimonio pertenezca que la unión que éste entraña lo sea no sólo en el derecho al acto conyugal o en la complementariedad inherente a la diversidad sexual de los sujetos, sino en algo más que estaría en relación con la mencionada consideración estrictamente personal de cada uno de los contrayentes.

Qué haya de entenderse concretamente por dicho elemento personal, así como los innumerables interrogantes que se siguen de su admisión con carácter esencial en la noción jurídica de matrimonio, es la temática que aborda el presente volumen. Hay que felicitar, pues, a los promotores del Simposio por su elección.

El primero de los tres apartados en que se agrupan las ponencias, titulado *Análisis de la definición/descripción del matrimonio*: 'Consortium totius vitae', contiene tres exposiciones: *La definición del matrimonio y su ob-*

jeto esencial: 1917-1960, La 'communitas vitae et amoris' en el Concilio Vaticano II y El 'consortium totius vitae' en el nuevo Código de Derecho Canónico, a cargo, respectivamente, de M.^a E. Olmos, A. Molina y A. Mostaza. Los tres tienen en común afirmar la esencialidad del llamado elemento personal y descubrir en la expresión *consortium totius vitae* del reciente Código una propia definición del matrimonio.

La ponencia de M.^a E. Olmos nos parece que sintetiza muy bien la noción de matrimonio latente en la normativa del Código del 17 así como su evolución en la doctrina posterior; después de este recorrido, se ocupa de la llamada concepción personalista que comenzó a surgir en los años 30. Concluye constatando la insuficiencia de la concepción tradicional, muy ligada al *ius in corpus*, y de otra parte, el exceso de las corrientes personalistas más extremas, dejando abierta la cuestión de cómo conseguir el justo equilibrio.

Las otras dos tienen también en común —al igual que la anterior— señalar la insuficiencia de aquella concepción del matrimonio que sitúa su esencia en el *ius in corpus*. Quieren poner de relieve que el matrimonio no es sólo unión de varón y mujer en sus respectivas dimensiones sexuales, sino que comporta una unión existencial de las personas de los contrayentes con aquella amplitud suficiente, al menos, para que sea posible la instauración de una auténtica comunidad de vida. El *ius ad communionem vitae*, así entendido, más que la realización existencial de la comunidad de vida, sería elemento esencial del matrimonio. A su vez, este *ius ad communionem vitae* se identifica, o al menos debe estar informado, con el amor, al que se concede de esa manera relevancia jurídica: tanto por-

que si no puede identificarse sin más con el consentimiento, éste para ser matrimonial debe estar informado por el amor, como porque el amor —mediante el consentimiento— es lo comprometido, haciéndose así amor conyugal. Se precisará, por tanto, en el momento constitutivo del matrimonio, la voluntad y la capacidad —o la actitud y la aptitud— necesarias para que la unión matrimonial se ordene no sólo a la generación de la prole mediante la mutua entrega y aceptación del derecho perpetuo y exclusivo a los actos que a ella se dirigen, sino también —y primariamente— a la instauración de aquel consorcio de toda la vida.

La noción de matrimonio propuesta por los autores de estas tres ponencias, es presentada expresamente como necesariamente contrapuesta a la doctrina de la jerarquía de los fines. Es este un modo de razonar muy extendido entre quienes propugnan una concepción más personalista del matrimonio. Y nos parece que si bien ésta es acertada en sus fundamentos, aunque quede aún mucho por hacer en cuanto a perfilar la relevancia jurídica del elemento personal, no supone contradicción con la doctrina de la jerarquía de los fines. Aparte las posiciones más extremas de la corriente personalista que propugnan la prevalencia absoluta del fin personal, incluso en oposición con la ordenación a la prole, la postura más generalizada, y desde luego mejor fundada que las aludidas doctrinas extremas, es que el matrimonio, y el amor conyugal mismo en que el matrimonio consiste, se orienta y debe estar abierto a la generación de la prole, pero esta ordenación es fin en pie de igualdad con el *bonum coniugum*, o, para otros, fin supeditado a éste, que sería el que tendría carácter de inmediato o primario

al matrimonio, y a través del cual se ordenaría el matrimonio a la prole.

Pensamos, sin embargo, que una correcta concepción personalista del matrimonio no sólo permite afirmar la ordenación de éste a la generación de la prole, sino que es perfectamente compatible con la tradicional doctrina de la jerarquía de fines, precisamente porque aunque se conciba el fin personal como aquel que más inmediata y específicamente atañe a la esencia identificadora del matrimonio, de manera que sólo el *buen esposo* puede ser *buen padre*, en el orden de los fines esto mismo muestra que el matrimonio no será tal si no se ordena como fin de los fines a la generación de la prole y que la realidad ontológica del *buen esposo* aún tiene como instancia trascendente, a la que se ordena, otra ulterior: los hijos. Por esto nos parece que por muy personalista que sea la concepción del matrimonio, si es correcta, debe mantener la ordenación a la prole como fin último o fin de los fines que dé sentido a la entera comunidad conyugal; lo que no es lo mismo que conceder valor esencial al *ius ad communionem vitae* sólo en la medida en que posibilita la ordenación a la prole del matrimonio.

Tanto la ordenación a la prole como el *ius ad communionem vitae* —con el que a falta de un perfil más nítido se puede identificar el elemento personal— son elementos esenciales del matrimonio, que se incluyen e implican mutua y simultáneamente, constituyendo una realidad compleja. A este nivel ninguno precede al otro ni es más primario. En el plano de los fines, sin embargo, la generación de la prole, se presenta como fin al que se ordena incluso el fin personal: la complementariedad entre varón y mujer y la co-

munidad de vida —aunque no exclusivamente— se ordenan por su misma naturaleza, y como realidad más trascendente, a la procreación.

Por tanto, no hay jerarquía —porque se implican en su misma identidad— en cuanto elementos que integran la esencia del matrimonio; sí hay jerarquía en cuantos fines.

Se podría objetar a nuestra afirmación la pretendida derogación de la doctrina de la jerarquía de los fines del matrimonio que algunos descubren en la *Gaudium et spes* y en el c. 1055 del nuevo Código —es el caso de los autores de estas ponencias—; sin embargo, no parece ser ésta la única interpretación plausible, sobre todo a la vista de la referencia que Juan Pablo II hizo al tema en su audiencia general, el 10 de octubre de 1984, con posterioridad, por tanto, incluso a la promulgación del Código; allí el Romano Pontífice aludía no sólo a la ordenación del matrimonio a la procreación y educación de la prole, sino expresamente a la vigencia de la doctrina de la jerarquía de sus fines: el amor conyugal —enseñaba— comporta una coordinación correcta de los fines, según los cuales se constituye el orden moral (o mejor «teologal y moral») de la vida de los cónyuges. La doctrina de la Constitución *Gaudium et Spes*, como la de la Encíclica *Humanae Vitae* —según diciendo el Papa— clarifican el mismo orden moral con relación al amor, entendido como fuerza superior que confiere adecuado contenido y valor a los actos conyugales según la verdad de los dos significados, el unitivo y el procreativo, en el respeto de su indivisibilidad. Y concluía: «In questa rinnovata impostazione, il tradizionale insegnamento sui fini del matrimonio (e sulla loro gerarchia) viene confermato»

ed insieme approfondito dal punto di vista della vita interiore dei coniugi, ossia della spiritualità coniugale e familiare». (Insegnamenti di Giovanni Paolo II, VII, 2 [1984] 846).

La segunda parte del volumen se titula: *Algunas cualidades requeridas para la constitución del consorcio conyugal*. Contiene cuatro ponencias. La primera, de J. M.^a Díaz Moreno, trata sobre *La admisión al matrimonio canónico de los cristianos que no tienen fe*. Es un excelente trabajo, ajeno a simplificaciones reductivas, que resalta las dificultades que el tema encierra. La tesis que mantiene su autor es la de conceder una cierta relevancia a la fe de los contrayentes por la siguiente vía: parece moralmente imposible que alguien quiera el matrimonio, tal como es en el proyecto de Dios, sin una cierta fe. Díaz Moreno no afirma la imposibilidad absoluta de que alguien quiera la realidad natural del matrimonio aunque no tenga fe: en este sentido estamos de acuerdo en su apreciación de que no puede considerarse sin más suficiente que alguien quiera contraer matrimonio válido para entender —y más en los momentos actuales—, que quiere la realidad natural del matrimonio sin adulterarla sustancialmente; pero —y es nuestra objeción—, por esto mismo, la cuestión siempre estará en averiguar si los contrayentes quieren o no el matrimonio según el designio de Dios, *para lo que no se requiere la fe*, sin que se haya de entrar en el tema, aunque ciertamente estén conectados, de si la voluntad verdaderamente matrimonial o su defecto se debe o no a una fe suficiente.

El segundo de los trabajos de esta parte, *La relación interpersonal, base del matrimonio*, que corre a cargo de M. López Aranda, bien podría figurar en la primera, pues al igual que los

trabajos contenidos en ésta se sitúa en un nivel fundamental, tratando de la noción de matrimonio como relación interpersonal. Sobre esta enriquecedora ponencia se podrían hacer las mismas puntualizaciones que más arriba señalábamos respecto a las de la primera parte del volumen.

A continuación, S. Panizo Orallo se ocupa de *La 'falta de libertad interna' en el consentimiento matrimonial*. Entran aquí en consideración todos aquellos estados, alteraciones, situaciones o circunstancias especiales que —fuera del caso de la coacción o miedo externo, provoquen o no las incapacidades del c. 1095 y aunque no tengan una cualificación clínica precisa—, suponen una ausencia de la suficiente deliberación y autodeterminación en la prestación del consentimiento.

Cierra esta segunda parte la ponencia de F. R. Aznar Gil, *Homosexualidad, transexualismo y matrimonio (1965-1984)*. Se centra especialmente en la evolución de la jurisprudencia sobre la homosexualidad: desde aquella que negaba su carácter de capítulo autónomo de nulidad y sólo le concedía relevancia si podía ser incluida en el de demencia o insania *in re uxoria*, hasta la más reciente que admite su carácter autónomo cuando supone una imposibilidad de asumir aquellas obligaciones que, respecto al ejercicio de la sexualidad, se estiman necesarias para que pueda instaurarse un verdadero consorcio conyugal.

Concluye el volumen con una parte que recoge cuatro *Estudios procesales*. El de J. M.^a Serrano Ruiz, *La determinación del capítulo de nulidad de matrimonio en la disciplina canónica vigente*, no es estrictamente procesal, se mueve más bien a un nivel fundamental. Aporta unas sugerentes perspectivas, extraídas de la consideración del

matrimonio mismo —que no es sólo realidad jurídica, sino también moral— y de los principios que, a su juicio, parecen inspirar las innovaciones del reciente Código y deben orientar el progresivo perfeccionamiento de los procesos de nulidad matrimonial.

Serrano apunta la necesidad de que la jurisprudencia tome más en cuenta una valoración de conjunto de los motivos de nulidad, que no se limite a una única razón última, y más aún si ésta ha de ser expresada con una fórmula legal estereotipada. De este modo se podrán apreciar mejor, en cada proceso, conceptos introducidos en la disciplina actual que no admiten una definición o descripción de muy precisos contornos; «la determinación precisa del capítulo de nulidad de matrimonio —concluirá— en el procedimiento canónico es un problema más bien de expresión terminológica que de relevancia dogmática real: puesto que la nulidad de matrimonio es efecto —o defecto— vinculado a un acto solo —el consentimiento—, por añadidura muy complejo y construido él mismo, en su noción actual, por múltiples conexiones en su estructura interpersonal». Igualmente posibilitaría una mayor flexibilidad —propiciada en cierta medida por el nuevo Código— en el intercambio y acumulación de los capítulos de nulidad a lo largo del proceso, y la deducción de dichos capítulos de valoraciones espontáneas y existenciales que a primera vista no parecen subsumibles en la norma.

Sin duda, la mayor fidelidad del proceso a la compleja realidad que es el matrimonio, propósito que alienta este trabajo de Serrano, entraña riesgos y posibles abusos que él mismo se encarga de subrayar. Es necesario, por tanto, recorrer el camino que apunta con prudencia y cautela. .

La ponencia de J. J. García Failde, *Algunos problemas procesales planteados por las anomalías psíquicas en las causas de nulidad*, se propone aunar, sin unificar, los criterios clínicos y los criterios jurídicos que necesariamente concurren en las causas de nulidad matrimonial por incapacidad psíquica de alguno de los contrayentes, a fin de contribuir a la superación del gran confuisionismo —como señala el autor— conceptual y terminológico que existe en el campo de la psicología y psiquiatría y en la doctrina y jurisprudencia canónicas.

El siguiente trabajo, sobre *El defensor del vínculo en el nuevo CIC*, corre a cargo de M. Palomar Gordo. Tras un estudio detenido de la configuración de este oficio, tanto en su historia antecodicial como en los Códigos de 1917 y 1983, mantiene resueltamente su naturaleza estrictamente procesal y su calidad de parte pública en el proceso: es éste el punto central de la ponencia. La nueva regulación codicial de esta figura —opina el autor— ha supuesto una clarificación de su verdadera naturaleza al despojarle de privilegios y atribuciones que por motivos circunstanciales habían recaído sobre él. Incluso piensa el autor que habría sido pertinente la supresión del oficio, no así de la función. Finalmente, hace un rápido recorrido sobre las actuaciones del defensor del vínculo en el desarrollo del proceso de nulidad matrimonial y sus sucesivas instancias y también en los procesos especiales en que interviene.

Cierra esta tercera parte, y con ella el volumen, la ponencia de T. Muñoz Rojas, *Apuntes sobre los procesos matrimoniales civiles*; en realidad no se ciñe sólo a esta materia sino que se ocupa de diversos aspectos del sistema

matrimonial civil español, prestando especial atención a su vertiente procesal.

La obra, en su conjunto, y el mismo Simposio del que es fruto, aporta perspectivas esclarecedoras sobre las cuestiones fundamentales que tiene planteadas hoy el Derecho matrimonial

canónico. Su profundización deberá brindar soluciones aún más acabadas, que obvien las dificultades y riesgos que todavía entraña la nueva orientación más personalista e integral de la noción de matrimonio.

LUIS MANUEL GARCÍA GARCÍA

EL REALISMO JURIDICO

JEAN-PIERRE SCHOUPPE, *Le réalisme juridique*, E. Story-Scientia, Bruxelles, 1987, pp. 192.

El jurista —tanto el civilista como el canonista— leerá con sumo interés el trabajo de Schouppe, que presenta un estudio sistemático de los autores —juristas, filósofos, moralistas y, más recientemente, canonistas— que han acogido la noción de derecho como *res iusta*. Con Santo Tomás llega a su auge un largo período iniciado con Aristóteles. A continuación se abre un paréntesis que dura hasta el siglo XX, en el que a pesar de las apariencias, se desconoce en realidad el realismo jurídico.

En nuestro siglo, es perceptible una vuelta al realismo. Pero, ¿se trata del realismo en un sentido estricto, o más bien amplio? Siguiendo a Hägerström, el *realismo escandinavo* une las normas a la realidad. Con un límite: la realidad científicamente comprobable. En cuanto al *realismo americano*, se centra en aquel aspecto de la realidad que es la decisión judicial: sería derecho aquel que *hacen* los jueces, con independencia del derecho en que fundamentan sus sentencias. A. d'Ors aboga en pro de un judicialismo: no es el derecho una cosa objetiva determinada: es lo que aprueban los jueces. Acentúa Carnelutti

la necesidad de considerar el conjunto de la realidad jurídica, bajo todas sus formas. Más que de una concepción determinada del derecho, se trata de una actitud que el jurista debe adoptar. En ocasiones, se concibe el realismo jurídico como las normas efectivamente vigentes en una sociedad dada.

Frente a esa diversidad de caminos de vuelta al realismo, Schouppe se plantea la cuestión de saber en qué consiste ese realismo, cuál es su núcleo esencial, para purificarlo de todos los añadidos, apuntar a su primitiva esplendor y utilidad operativa.

A la exposición doctrinal sigue una parte más teórica con la que el autor intenta una síntesis de la concepción realista. Inicia esta labor desmenuzando el sentido propio del derecho, visto en una perspectiva histórica y desde el ángulo de la concepción realista, en sus distintas componentes de cosa (hace la distinción entre *res*, *ens*, *persona* y *res exteriores*) justa, debida a otro, según una cierta relación de igualdad.

Sigue un apartado sobre los principales sentidos derivados del derecho: el derecho subjetivo (que sólo cabría