



EL APLAZAMIENTO «AD TEMPUS» DE LA PROLE EN EL CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL

FEDERICO R. AZNAR GIL

Universidad de Salamanca

1. INTRODUCCIÓN

«Porque el hacerse cargo de la prole, especialmente de su educación, sin duda alguna requiere por parte de los cónyuges magnanimidad de ánimo y confianza en lo que se refiere al tiempo futuro, a menudo sucede que los contrayentes, en el acto mismo de contraer matrimonio, a causa de la ansiedad por la transmisión de una nueva vida humana, considerando a la prole futura como un peligro que se debe alejar, acuerdan evitarla al menos por un tiempo determinado. Pues al ejercer el derecho a los actos de amor conyugal, por los que los cónyuges íntimamente se unen, ellos mismos piensan que pueden separar a su propio arbitrio el significado de la unidad del significado de la procreación, no obstante que por divina institución ambas razones están unidas por un nexo indisoluble y están contenidas en la estructura de todo acto conyugal»¹. Estas palabras, recogidas de una decisión rotal, reflejan una mentalidad muy extendida en la sociedad occidental actual y que, entre otras consecuencias, ha provocado un descenso radical en la natalidad de estos países². Fenómeno que es debido a múltiples circunstancias y que también tiene su correspondiente reflejo en la comunidad cristiana.

Paralela a esta mentalidad, existe igualmente la conciencia cada vez más extendida de la denominada «paternidad/maternidad» o «procreación responsable». Realidad a la que el Magisterio de la Iglesia se ha referido en diversas ocasiones³ y

1. Coram STANKIEWICZ, 7 martii 1991, in ARRT 83 (1994) 149, n. 4.

2. La Sede Apostólica ha denunciado en diferentes ocasiones esta mentalidad: veáse por ejemplo, *Pontificio Consiglio per la Famiglia, Déclaration sur la chute de la fécondité dans le monde, 27 février 1988*, in «L'Osservatore Romano» (15 marzo 1998) 6.

3. Pío XI, litt. enc. *Casti connubii*, in AAS 22 (1930) 539 y ss.; Pío XII, *Allocutio iis quae interfuerunt Conventui Societatis Catholicae Italicae inter Obstetrices*, 29 octobris 1951, in AAS 43 (1951) 844-46; PABLO VI, litt. enc. *Humanae Vitae*, 25 iulii 1968, in AAS 60 (1968) 481-503; JUAN PABLO II, adhort. apost. *Familiaris Consortio*, 22 novembris 1981, in AAS 74 (1982) 114-26, nn. 28-35; etc.

sobre la que el actual Romano Pontífice decía lo siguiente no hace mucho: «Desgraciadamente, sobre este punto el pensamiento católico es frecuentemente deformado, como si la Iglesia sostuviese una ideología de la fecundidad a ultranza, animando a los cónyuges a procrear sin discernimiento alguno y sin proyecto... En realidad, en la generación de la vida, los esposos realizan una de las dimensiones más altas de su vocación: son colaboradores de Dios. Precisamente por eso están obligados a un comportamiento extremadamente responsable. A la hora de decidir si quieren generar o no, deben dejarse guiar no por el egoísmo ni por la ligereza, sino por una generosidad prudente y consciente que valore las posibilidades y las circunstancias y sobre todo que sepa poner en el centro el bien mismo del nasciturus. Por lo tanto, cuando existen motivos para no procrear ésta es una opción no sólo lícita sino que podría ser obligatoria. Queda también el deber, sin embargo, de realizarlo con criterios y métodos que respeten la verdad total del encuentro conyugal en su dimensión unitiva y procreativa, como ha sido sabiamente regulada por la misma naturaleza en sus ritmos biológicos. Estos pueden ser ayudados y valorizados, pero no “violentados” con intervenciones artificiales»⁴.

Ambos hechos necesariamente han tenido que influir, e influyen, en la actitud o intención que manifiestan los esposos sobre los hijos en el momento de prestar el consentimiento matrimonial. Es decir, sobre el tradicionalmente llamado «bonum prolis»: ¿cómo conjugar, en suma, la ordenación a la prole, que debe existir en todo consentimiento matrimonial, con la puesta en práctica de la «procreación responsable»?

Paradigmática de esta problemática es la c. Bruno del 22 de marzo de 1991: se trataba de una causa de nulidad matrimonial iniciada en 1984 ante el Tribunal de Viena, en la que la esposa solicitaba la nulidad de su matrimonio alegando que ella misma excluyó el «bonum prolis» porque ella, consintiendo el esposo, pretendió diferir la procreación «ad tempus», esto es: durante cuatro años en los que debía estar libre por el especial trabajo médico asumido⁵. La causa refleja, por una parte, una mentalidad ampliamente difundida en los que contraen matrimonio: ambos esposos, antes de casarse, habían acordado no tener hijos durante los cuatro primeros años de su matrimonio para que la esposa pudiera dedicarse completamente a completar su formación médica. Por otra parte, la reacción de los jueces eclesiásticos: de hecho, el Tribunal de Viena rechazó, en un primer momento, la demanda de nulidad de la esposa al considerar que esta carecía de fundamento porque la interesada, en definitiva, se había limitado a aplicar la doctrina de la procreación responsable tal como es presentada por el Magisterio de la Iglesia⁶.

4. JUAN PABLO II, *Angelus*, 17 julio 1994, in «Ecclesia» (6-13 de agosto de 1994) 19.

5. «Dixit partes ante nuptias concorditer, ea proponente, pervenisse ad decisionem remittendi procreationem ad tempus expletæ suæ formationis professionalis quæ, exercitium praxis medicalis in nosocomio per aliquot annos postulabat», c. BRUNO, 22 martii 1991, in «Il Diritto Ecclesiastico» 102, 8 (1991-II) 178.

6. Esta decisión fue reformada por el Tribunal de la Rota Romana que decidió que la demanda de nulidad «ad disceptationem admittendum esse»: c. SERRANO, *Decretum* 21 iunii 1985, in «Il

El presente artículo pretende presentar la actual postura del ordenamiento canónico ante la decisión de diferir o aplazar la prole durante algún tiempo por parte de los contrayentes en el matrimonio «in fieri»: es decir, en el momento en que éstos emiten el consentimiento matrimonial. Examinaremos para ello la jurisprudencia rotal romana específica sobre esta cuestión recientemente publicada.

2. LA EXCLUSIÓN DEL «BONUM PROLIS»

«La gravedad de la simulación —se afirma en una c. Burke del 19 de octubre de 1995— se debe considerar bajo un doble aspecto: en cuanto a la sociedad y en cuanto a las mismas partes de la alianza matrimonial simulada. Pues el connubio nunca es sólo un asunto privado. Comporta importantes consecuencias sociales...; pues los contrayentes se comprometen ante la sociedad, con una grave obligación, a observar su naturaleza esencial. Además, parece incluso más grave la violación de los derechos que implica la simulación en el caso del contrayente que quiere contraer realmente nupcias. Si una de las partes desea y pretende un verdadero matrimonio, mientras que la otra quiere un “cierto matrimonio” desprovisto de alguna propiedad o elemento esencial, se le produce una evidente violación según las expectativas de la primera parte ya que se le inflinge una grave injusticia. Esto es verdad de forma especial si la simulación se refiere al aspecto procreativo del matrimonio. Pues el contrayente tiene estricto derecho a que la otra parte esté abierta a las posibilidades procreativas de su unión. Sería completamente injusto tolerar que alguien estuviera unido a un vínculo que falla fundamentalmente en su naturaleza conyugal. Debe ser declarado nulo»⁷.

Estas palabras rotales, aplicables a todo acto simulatorio, lógicamente tienen su aplicación en el caso de la exclusión del «bonum prolis». La jurisprudencia rotal, teniendo en cuenta los cc.1055,§1 y 1101,§2, es clara al señalar la nulidad del matrimonio cuando uno de los contrayentes, o ambos, excluyen el «bonum prolis» de su consentimiento matrimonial: «quien al acceder a las nupcias deniega a la comparte, por un acto positivo de la voluntad, el derecho a la cópula normal, esto es que sea apta de por sí para la generación, hace írrito el matrimonio, ya se trate de una exclusión perpetua, ya de una exclusión para un tiempo determinado o indeterminado»⁸; «pues los contrayentes, bajo pena de nulidad del matrimonio (c.1101,§2), no pueden modificar a su arbitrio la natural ordenación del conyugio a la generación de la prole, o el derecho-deber a los actos conyugales de por sí

Diritto Ecclesiastico» 96 (1985-II) 389-95. Nuestro artículo se basa en la jurisprudencia rotal romana recientemente publicada. Sobre todo ello, véase el estudio de P.J. MARTÍNEZ ROBLES, *La simulación parcial por exclusión del bien de la prole. Doctrina canónica y Jurisprudencia rotal (1984-1994)*, in «Giennium» 1 (1998) 149-246.

7. Coram BURKE, 19 octobris 1995, in ARRT 87, 14 (1998) 561.

8. Coram BRUNO, 22 martii 1991, in «Il Diritto Ecclesiastico» 102, 3 (1991-II) 176.

aptos para la generación de la prole, a los que se ordena el matrimonio por su naturaleza, y por los que los cónyuges se hacen una sola carne (c.1061,§1)⁹; etc. Son afirmaciones que con estas o parecidas expresiones se repiten constantemente y que indican la misma idea básica: la ordenación teleológica del consorcio conyugal al «bonum prolis» y que el contrayente no puede alterar bajo nulidad del acto consensual así prestado.

Pero ello no quiere decir que este derecho a la procreación «sea igual al “ius ad prolem” o al “ius in filium”... De hecho —afirma A. Stankiewicz— este término equívoco de “ius ad prolem” debería evitarse en la jurisprudencia canónica... La exclusión de la «ordenatio ad bonum prolis» invalidante del consentimiento opera en relación al “ius-officium”, a poner los actos conyugales de por sí ordenados a la procreación... Esta exclusión se efectúa prevalentemente con la reserva del comportamiento que voluntariamente escinde el nexo indisoluble entre el significado unitivo y procreativo del mismo acto sexual con los medios y los métodos contraceptivos para limitar el derecho-obligación sólo al momento satisfactorio del instinto sexual de la unión o bien cuando se rechaza totalmente el derecho conyugal¹⁰. Ideas repetidas en las decisiones rotales: «los cónyuges —se lee en una decisión— no tienen ningún derecho a procrear hijos sino sólo a los actos que son aptos por su naturaleza para crear la prole. Porque, en realidad, la fecundidad de la cópula no depende de la voluntad de los cónyuges sino de su misma naturaleza y no forma parte de la esencia del matrimonio»¹¹. O, como también se indica en una c. Burke del 15 de diciembre de 1994, «el bien de la prole —esto es: la procreatividad o la “apertura-a-la-vida”— es un elemento esencial de la relación conyugal y no se le puede excluir de un verdadero consentimiento matrimonial. Sin embargo la efectiva procreación no es propiedad del matrimonio sino uno de sus fines (c.1055). Conviene aquí señalar que la falta de la prole de ningún modo invalida las nupcias (c.1084,§3), con tal de que no haya sido excluida del consentimiento “la intención de la prole”. Pues la efectiva procreación no es un derecho conyugal y, por tanto, no es lícito hablar directamente del “derecho a la prole”...»¹². La razón de la nulidad del acto consensual así prestado, es decir: excluyendo el derecho-obligación al «bonum prolis», radica en que en este caso falta un elemento esencial del objeto formal del consentimiento matrimonial¹³.

9. Coram STANKIEWICZ, 7 martii 1991, in ARRT 83, 3 (1994) 149; c. CIVILI, 26 iunii 1990, in ARRT 82, 6 (1994) 567; c. FUNGHINI, 28 aprilis 1993, in ARRT 85, 4 (1996) 316; c. DE LANVERSIN, 5 aprilis 1995, in ARRT 87, 6 (1998) 254; etc.

10. A. STANKIEWICZ, *L'esclusione della procreazione ed educazione della prole*, in *La simulazione del consenso matrimoniale canonico*, Città del Vaticano 1990, 160-61.

11. Coram BRUNO, 22 martii 1991, n. 3.

12. Coram BURKE, 15 decembris 1994, in ARRT 86, 4 (1997) 719; c. FUNGHINI, 17 aprilis 1991, in ARRT 83, 6 (1994) 249; c. DE LANVERSIN, 26 ianuarii 1994, in ARRT 86, 12 (1997) 50-51; c. DE LANVERSIN, 15 iunii 1994, in ARRT 86, 7 (1997) 315; c. STANKIEWICZ, 22 februarii 1996, in «Ius Ecclesiae» 10, 13 (1998) 219.

13. Cfr. c. FUNGHINI, 17 aprilis 1991, in ARRT 83, 5 (1994) 249; c. FIORE, 25 februarii 1993, in ARRT 85, 7 (1996) 56; c. BRUNO, 28 maii 1993, in ARRT 85, 3 (1996) 426.

Conjuntamente con lo anterior, se recalcan algunos conceptos o ideas que, por lo que interesa a nuestro tema, tienen una particular importancia. La primera de ellas es que la exclusión del derecho al bien de la prole se debe realizar, a tenor del c.1101,§2, por *un acto positivo de la voluntad* para que invalide el consentimiento matrimonial. Qué se debe entender por ello, se resume así en una c. Bruno del 1 de febrero de 1991: «el acto positivo de la voluntad puede ser absoluto o hipotético, explícito o implícito, actual o virtual. No es suficiente la voluntad habitual, o la mera inclinación, opinión o voluntad interpretativa, ya que, como permanecen en la esfera intelectual y no pasan al campo de la voluntad, no pueden irritar el matrimonio»¹⁴. De aquí se deduce que «el acto positivo de la voluntad, por el que se excluye el bien de la prole, no consta de la intención o voluntad habitual ya que no penetra en el consentimiento y no califica al acto, ni de la genérica que no afecta real y definitivamente a un matrimonio determinado, ni de las ideas varias veces manifestadas en los diálogos prematrimoniales de que los hijos conllevan un grave fastidio, de que oprimen o suprimen la libertad, de que un feliz matrimonio no exige hijos, de que los hijos no se compaginan con la edad adulta o con la enfermedad molesta, de que las actuales vicisitudes del mundo aconsejan renunciar a la paternidad, etc., ya que la voluntad positiva no se expresa con la manifestación de opiniones o de deseos, sino por la limitación del consentimiento, esto es por la restricción positiva del sentido de las palabras al emitir el consentimiento»¹⁵.

Otro concepto que recuerda la jurisprudencia rotal es la distinción entre el *derecho* y el *uso o ejercicio del derecho* en el tema que estamos tratando. Distinción que, como iremos viendo, tiene una gran importancia e influencia, y que no está exenta de discusiones sobre su exacto alcance en la doctrina canónica. Así, por ejemplo, A. Bernárdez Cantón indica ardorosamente que «la argumentación responde a un planteamiento jurídico intachable, pues siendo el momento constitutivo del matrimonio el acto de voluntad en que se entregan los derechos y aceptan las obligaciones conyugales sólo las determinaciones de la voluntad que inciden, coarten o restrinjan esos derechos y obligaciones dañan en su raíz el consorcio conyugal, mientras que otras previsiones, propósitos o intenciones, que pueden contrariar el ejercicio de los derechos o el cumplimiento de las obligaciones a lo largo de la vida matrimonial, son irrelevantes para la validez del pacto conyugal», rechazando las críticas y objeciones planteadas¹⁶. Otros autores, entre los que nos encontramos, señalan que tal distinción es posible en el denominado matrimonio *in facto esse*, donde «es posible distinguir y separar el derecho de su ejercicio y la obligación de su cumplimiento, pero en el matrimonio *in fieri* es imposi-

14. Coram BRUNO, 1 februarii 1991, in ARRT 83, 3 (1994) 67-68; c. Bruno, 21 iulii 1994, in ARRT 86, 4 (1997) 405.

15. Coram HUBER, 27 octobris 1994, in ARRT 86, 8 (1997) 536.

16. A. BERNÁRDEZ CANTÓN, *Simulación parcial por exclusión de la prole*, in *Simulación matrimonial en el derecho canónico*, Pamplona 1994, 176-77.

ble negar el uso del derecho sin que se niegue éste también, excluir el cumplimiento de la obligación sin que ésta se excluya igualmente»¹⁷.

La jurisprudencia rotal sigue admitiendo que, a la hora de analizar si ha habido o no exclusión del bien de la prole o del bien de la fidelidad, sigue siendo válida la distinción entre el derecho y el ejercicio o uso del derecho, recordando que únicamente se puede considerar nulo el matrimonio cuando conste que se ha excluido el derecho al bien de la prole y no su mero uso o ejercicio: «el bien de la prole... admite la distinción entre el derecho y el ejercicio del derecho. Sólo la exclusión del derecho, que invade el consentimiento conyugal, hace inválido el matrimonio, mientras que el simple rechazo del ejercicio del derecho, que presupone abuso del derecho concedido, queda completamente fuera del campo del consentimiento»¹⁸. La razón de la importancia atribuida a esta distinción radica que «como el ser de la cosa no pende de su uso, el derecho y la obligación a los actos conyugales pueden existir aunque falten en el caso concreto, el uso del derecho y el cumplimiento de la obligación»¹⁹.

Es claro, por tanto, que «sólo la exclusión del derecho a los verdaderos actos conyugales ordenados a la procreación, que forma parte del consentimiento conyugal, hace inválido el matrimonio, mientras que el simple rechazo del ejercicio del derecho, que presupone el abuso del derecho concedido, queda completamente al margen del campo del consentimiento»²⁰. De aquí se deduce que «simultáneamente puede existir la mutua entrega, y aceptación del derecho al cuerpo y la intención positiva de no cumplir las obligaciones que lleva consigo el contrato conyugal. Pues el cumplimiento de la obligación sobreviene una vez constituido el conyugio en su ser y, por tanto, el defecto del ejercicio del derecho, aunque predeterminado, no puede inficionar la esencia del acto nupcial»²¹. Alguna decisión rotal, sin embargo, explica muy acertadamente el sentido y alcan-

17. A. MOSTAZA RODRÍGUEZ, *La exclusión del «bonum prolis», y del «bonum fidei»*, in *Curso de derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro IX*, Salamanca 1990, 337.

18. Coram BRUNO, 22 martii 1991, in «Il Diritto Ecclesiastico» 102, 4 (1991-II) 176-77 señalando algo que es muy común: «los contrayentes, como ignoran las prescripciones de Código, no acceden a las nupcias con la intención de diferir temporalmente la generación hasta que se encuentren en mejores condiciones ellos y la futura prole, pero de ninguna forma piensan en la reserva del derecho y, por tanto, no inficionan el consentimiento matrimonial»; c. JARAWAN, 4 iulii 1990, in ARRT 82, 2 (1994) 590; c. BRUNO, 1 februarii 1991, in ARRT 83, 5 (1994) 68.

19. Coram PALESTRO, 24 martii 1993, in ARRT 85, 5 (1996) 215 que añade: «Esta distinción no es meramente especulativa ya que pertenece al modo de obrar de las personas. Pues una cosa es no entregar el derecho al bien de la prole en sus principios y otra cosa es entregar aquel derecho a la comparte con la intención de violar o de no cumplir la obligación asumida por un tiempo determinado o indeterminado».

20. Coram DE LANVERSIN, 5 aprilis 1995, in ARRT 87, 7 (1998) 254; c. FIORE, 25 februarii 1993, in ARRT 85, 9-10 (1996) 57; c. FUNGHINI, 28 aprilis 1993, in ARRT 85, 4 (1996) 316; c. BRUNO, 21 iulii 1994, in ARRT 86, 4 (1997) 405.

21. Coram DE LANVERSIN, 27 iunii 1990, in ARRT 82, 13 (1994) 576; c. BRUNO, 21 iulii 1994, in ARRT 86, 4 (1997) 405.

ce de esta distinción: «Para contraer matrimonio válidamente se requiere que los cónyuges entreguen el derecho a los actos conyugales y asuman la obligación de cumplirlos. Constituido el matrimonio, pueden distinguirse el derecho y el uso del derecho, la obligación y el cumplimiento de la obligación. Esta distinción no puede admitirse en la misma constitución del matrimonio o en el matrimonio *in fieri*, donde no puede negarse el uso sin que *eo ipso* se niegue el mismo derecho, ni puede excluirse el cumplimiento sin que se excluya la misma obligación. Como el derecho es relativo de la obligación, si la parte limita la obligación del matrimonio *eo ipso* limita el derecho matrimonial y, por tanto, falta el consentimiento»²².

3. FORMAS DE EXCLUSIÓN DEL «BONUM PROLIS»

Establecidos estos principios generales, la jurisprudencia rotal delimita una serie de distinciones, que ayudan a descubrir cuál ha sido la voluntad real de los contrayentes: «Si alguien manifiesta el propósito de suspender la entrega y la aceptación del derecho al cuerpo, ciertamente con una voluntad positiva, hay que ver qué pretende realmente, esto es si quiere denegar el mismo derecho (perpetua o temporalmente) o sólo denegar “ad tempus” el ejercicio de un derecho concedido y aceptado»²³. Y es que, descendiendo a los casos concretos, la jurisprudencia rotal indica que en el capítulo de la exclusión del bien de la prole pueden distinguirse tres formas o tipos de exclusión: la absoluta y perpetua, la temporal, y la «ad libitum» o condicionada o sujeta al capricho del interesado²⁴.

A. La exclusión absoluta y perpetua

Tiene lugar cuando alguien, mientras externamente profiere las palabras que expresan el consentimiento, tiene el firme propósito de excluir la generación de la prole «in perpetuum». En este caso, claramente contrae matrimonio inválidamente: «la exclusión de la prole, que irrita el consentimiento matrimonial, debe ser absoluta y perpetua»²⁵, porque en este caso «la distinción entre el derecho y su ejercicio no puede tener lugar, porque quien excluye a los hijos “in perpetuum”, deniega a la comparte, y ciertamente durante toda la vida conyugal, los actos de por sí aptos para la generación, por lo que, impidiendo el fin esencial del conyu-

22. Coram HUBER, 26 novembris 1993, in ARRT 85, 5 (1996) 725.

23. Coram FIORE, 25 februaris 1993, in ARRT 85, 13 (1996) 57-58.

24. Coram DE LANVERSIN, 5 aprilis 1995, in ARRT 87, 8 (1998) 254-55; c. DAVINO, 25 ianuarii 1990, in ARRT 82, 3 (1994) 27-28.

25. Coram JARAWAN, 4 iulii 1990, in ARRT 82, 2 (1994) 590; c. DE LANVERSIN, 5 aprilis 1995, n. 8; c. DAVINO, 25 ianuarii 1990, n. 3.

gio, no sólo implica abuso sino exclusión del mismo derecho»²⁶. Como se dice, en resumen, en una c. De Lanversin del 26 de enero de 1994, «cuando se invoca la exclusión del bien de la prole, en primer lugar se debe distinguir la verdadera denegación del derecho en los principios de la intención de tener hijos en el futuro, cumplidas ciertas circunstancias. Aquella es la absoluta recusación a la comparte del derecho a la prole, o la determinada y prevalente intención —por un acto positivo de la voluntad convenido o por condición expresa— de rechazar perpetua y absolutamente los hijos del matrimonio que se va a contraer aquí y ahora, de forma que el consentimiento manifestado es despojado de la ordenación a la prole que es la nota intrínseca y esencial del mismo matrimonio; ésta, sin embargo, directamente mira más bien a la forma de llevar y usar el derecho entregado a la comparte. En una, la intención pasa al consentimiento y lo limita e irrita; en la otra, se añade al consentimiento, permanece externamente a él y no lo puede interferir. Por lo que, cuantas veces conste de manera cierta el propósito del contrayente de excluir la prole del matrimonio de forma absoluta y por tiempo indefinido, el consentimiento coartado o viciado por este propósito o condición no es apto para realizar el sacramento del matrimonio»²⁷.

Y, como se indica en algunas decisiones rotales, puede tenerse con certeza moral que el derecho a la prole fue excluido por el contrayente si de los autos de la causa consta: «a) que la procreación se vinculó absolutamente a un acontecimiento futuro, cuya verificación implica un tiempo determinado o indeterminado; b) que el simulante solicitó, y empleó el uso de contraceptivos, durante todo el tiempo de la vida conyugal, prolongado al menos durante algunos años, pervicazmente y sin interrupción; c) que la prole, solicitada por la otra parte, fue obstinadamente denegada, o que el simulante, conocido el embarazo fortuito y no deseado, reaccionó hostilmente y pidió o exigió el aborto»²⁸.

Se presume, por tanto, que cuando la exclusión del «*bonum prolis*» se realiza de forma absoluta y perpetua, el contrayente no sólo ha excluido de su consentimiento el uso o ejercicio del derecho sino el mismo derecho y, por tanto, el consentimiento matrimonial es inválido.

B. *La exclusión temporal o «ad tempus»*

Mayores problemas sustantivos y procesales se plantean cuando la exclusión no adopta la forma anteriormente señalada sino otra más difusa y menos tajante

26. Coram BRUNO, 1 februarii 1991, in ARRT 83, 5 (1994) 68; c. DE LANVERSIN, 26 iunii 1991, in ARRT 83, 7 (1994) 423; c. FIORE, 25, februarii 1993, in ARRT 85, 11 (1996) 57; c. FUNGHINI, 28 aprilis 1993, in ARRT 85, 4 (1996) 316; c. FUNGHINI, 7 iulii 1993, in ARRT 85, 3 (1996) 522; c. HUBER, 26 novembris 1993, in ARRT 85, 3 (1996) 724; c. CIVILLI, 26 iunii 1990, in ARRT 82, 7 (1994) 567.

27. Coram DE LANVERSIN, 26 ianuarii 1994, in ARRT 86, 4 (1997) 51; c. DE LANVERSIN, 15 iunii 1994, in ARRT 86, 8 (1997) 315.

28. Coram DE LANVERSIN, 5 aprilis 1995, in ARRT 87, 8 (1998) 254.

descrita así por A. Stankiewicz: «En la mayor parte de los casos, sin embargo, los contrayentes no manifiestan expresamente la voluntad contra el principio de la “ordinatio ad prolem”, ni contra el “ius coniugale”, sino simplemente el propósito de abstenerse de la procreación de los hijos por un período de tiempo, o bien de atenerse a la procreación de un número limitado de hijos»²⁹. Problemas que parecen aumentar cuando los cónyuges quieren aplicar los criterios de la denominada procreación responsable.

Para la resolución de esta cuestión, conviene tener presente las siguientes palabras de Pío XII que sintetizan las normas canónicas y que son reiteradamente expuestas por la doctrina y la jurisprudencia canónicas: «Es necesario, ante todo, considerar dos hipótesis. Si la aplicación de esta teoría no quiere significar otra cosa sino que los cónyuges pueden hacer uso de su derecho matrimonial también en los días de esterilidad natural, no hay nada que oponer... Si a su vez se va más allá, esto es permitiendo el acto conyugal exclusivamente en aquellos días, entonces la conducta de los esposos debe examinarse más atentamente. Y aquí, de nuevo, dos hipótesis se presentan a nuestra reflexión. Si ya en la conclusión del matrimonio al menos uno de los cónyuges hubiese tenido la intención de restringir a los tiempos de esterilidad el mismo derecho matrimonial, y no sólo su uso, de forma que en los otros días el otro cónyuge no tendría ni siquiera el derecho de reclamar el acto, esto implicaría un defecto esencial del consentimiento matrimonial, que llevaría consigo la invalidez del mismo matrimonio, porque el derecho derivado del contrato matrimonial es un derecho permanente, ininterrumpido y no intermitente de cada uno de los cónyuges frente al otro. Si a su vez la limitación del acto a los días de natural esterilidad se refiere no al derecho mismo sino sólo al uso del derecho, la validez del matrimonio queda fuera de discusión»³⁰. Es decir: el derecho al «bonum prolis» es un derecho permanente, ininterrumpido y no intermitente, no pudiendo ser limitado en su entrega y aceptación, sea temporal o sea perpetuamente, por ninguno de los contrayentes; no sucede así con su uso o ejercicio. A partir de estas ideas básicas se pueden distinguir las distintas situaciones o supuestos.

1) *Exclusión del ejercicio o uso del derecho*

Si los contrayentes han entregado y aceptado el derecho al «bonum prolis» en su consentimiento matrimonial, y únicamente regulan su uso o ejercicio, el matrimonio es válido: «la constante y común jurisprudencia... establece que (para invalidar el consentimiento matrimonial) la prole se debe excluir en su principio, es decir en el derecho a los actos de por sí aptos para generar prole: cualquier otra exclusión de la prole sólo afecta al ejercicio del derecho, de forma que no afecta a la

29. A. STANKIEWICZ, *L'esclusione della procreazione*, art. cit., 164.

30. PIO XII, *Allocutio iis qui interfuerunt Conventui Unionis Catholicae Italicae inter Obstetres*, Romae habito, 29 octobris 1951, in AAS 43 (1951) 844-45.

naturaleza o esencia del matrimonio»³¹. Se trata, como decimos, de una afirmación constantemente repetida: la mera dilación de la prole, o exclusión de la misma «ad tempus», no anula la intención de la prole, puede compaginarse con el derecho conyugal rectamente, entregado y aceptado, y no hace inválido el matrimonio «pues la dilación de la procreación no es lo mismo que la denegación del derecho sino, más bien, su disposición, composición y moderación, teniendo en cuenta todas las circunstancias, personas, lugares, tiempos...»³².

Ciertamente que, cuantas veces se pruebe que se ha excluido el derecho a los actos conyugales, incluso «ad tempus», el matrimonio es nulo³³, según veremos más adelante. Sucede, sin embargo, que en el caso de la exclusión de la prole «ad tempus» hay la presunción de que, en principio, no hay exclusión del derecho a la prole sino sólo de su ejercicio: la jurisprudencia rotal, de hecho, «constantemente reconoce que la exclusión temporal de la prole sólo genera la presunción en favor del uso denegado del derecho a los actos de por sí aptos para la generación de la prole por el propio cónyuge, unido al propósito de abusar, y por tanto no constituye reserva alguna del derecho conyugal»³⁴.

En resumen, y tal como se indica en una c. Funghini del 7 de julio de 1993, «la mera dilación de la generación de la prole a tiempos más favorables de los cónyuges para que, por ejemplo, en el *interim* puedan aprobar su profesión, o tener un próspero evento familiar, o recuperar la buena salud, o preparar una más cómoda vivienda, etc., no equivale al rechazo de la prole. Teniendo presente la distinción entre el derecho y el ejercicio del derecho... en el caso se debe decir que se trata de abuso o del no recto uso del derecho legítimamente entregado y aceptado. Resumiendo en suma el principio, la doctrina y la jurisprudencia...: la intención contraria a la generación de la prole *sólo puede irritar el matrimonio si el contrayente pretende "in perpetuum", o para un tiempo determinado o indeterminado. o hipotética o condicionadamente abstenerse completamente de los actos de por sí aptos para la generación de la prole realizados "humano modo", denegando el derecho a los mismos o determinando realizarlos torpemente, frustrando su ordenación, usando de este derecho según su propio arbitrio*»³⁵. O como se afirma en otra c. Giannecchini del 28 de marzo de 1995, «en lo que se refiere al bien de la prole, no inficciona el consentimiento la dilación de la generación de la prole a un tiempo de-

31. Coram STANKIEWICZ, 26 maii 1983, in «Il Diritto Ecclesiastico» 95, 3 (1984-II) 322-23.

32. Coram DE LANVERSIN, 5 aprilis 1995, in ARRT 87, 8, B (1998) 255; c. DAVINO, 25 ianuarii 1990, in AART 82, 3 (1994) 27-28.

33. Coram CIVILI, 26 iunii 1990, in ARRT 82, 7 (1994) 567.

34. Coram DE LANVERSIN, 5 aprilis 1995 in ARRT 87, 8 (1998) 255, que cita varias decisiones rotales en este sentido; c. BRUNO, 1 februarii 1991, in ARRT 83, 5 (1994) 68; c. FUNGHINI, 17 aprilis 1991, in ARRT 83, 6 (1994) 249-50; c. BRUNO, 22 martii 1991, in «Il Diritto Ecclesiastico» 102, 4 (1991-II) 177; c. DE LANVERSIN, 26 iunii 1991, in ARRT 83, 7 (1994) 423; c. FIORE, 25 februarii 1993, in ARRT 85, 11 (1996) 57; c. DE LANVERSIN, 15 iunii 1994, in ARRT 86, 9 (1997) 315-16; c. HUBER, 27 octobris 1994, in ARRT 87, 2 (1998) 242.

35. Coram FUNGHINI, 7 iulii 1993, in ARRT 85, 3 (1996) 522.

finido o indeterminado pero subordinado a una condición de por sí temporal y que se debe cumplir cuanto antes, por ejemplo a recuperar la condición económica o la salud. No se puede considerar excluido o negado lo que se desea conceder»³⁶.

Y, en este contexto, puede suceder que lo que comenzó siendo un mero retraso o dilación de la prole se quiera convertir, a posteriori, en una exclusión del mismo derecho a la prole: «la experiencia diaria enseña que no raramente los contrayentes acceden a las arras con el deliberado propósito de evitar la procreación de la prole en sus primeros años de vida común. También sucede frecuentemente que, durante la convivencia conyugal, este propósito se cambia, por una causa sobrevenida, en la voluntad de rechazar los hijos absolutamente e “in perpetuum”. *De ningún modo es lícito dudar de la validez del matrimonio.* Pues en el momento de su celebración el consentimiento era válido jurídicamente, excluida la prole «ad tempus». Y una vez puesto legítimamente, el consentimiento produce su efecto —esto es el matrimonio *in facto esse*— que existe independientemente de la subsiguiente voluntad de los cónyuges. Y así, el cambio de la voluntad no puede borrar el vínculo que, por el consentimiento jurídicamente eficaz, ha surgido. Siempre permanece verdadero el dicho romano: “adecuadamente celebrado el matrimonio, no puede viciarse por un hecho posterior”»³⁷.

2) *Exclusión del derecho*

Conviene recordar que «los derechos matrimoniales, como no admiten hiatos o interrupciones, deben entregarse y aceptarse perpetuamente en el momento del intercambio del consentimiento, ya que, de lo contrario, el matrimonio es inválido»³⁸, como ya hemos indicado anteriormente. Es por ello que cabe también la exclusión de mismo derecho «ad bonum prolis» dentro de la denominada exclusión temporal, en cuyo caso el consentimiento prestado será inválido. Así, por ejemplo, algunas decisiones rotales matizan las presunciones establecidas sobre que la exclusión «ad tempus» es siempre exclusión del uso o del ejercicio, no del derecho a la prole: «Este principio —se lee en una c. Huber del 26 de noviembre de 1993—, aunque verdadero, necesita una ulterior precisión ya que, cuando se habla de la dilación de la generación, ante todo se debe tener en cuenta que esta puede suceder de dos maneras: la generación de la prole se difiere a un tiempo determinado, y entonces la exclusión generalmente preanuncia la exclusión solo del ejercicio del derecho. Sin embargo, no hay duda de que también la exclusión del derecho «ad tempus», si se da, hace írrito el matrimonio. Pues en este caso se despoja al derecho de la perpetuidad que pertenece a la esencia de la alianza nupcial. O la generación de la prole se difiere a un tiempo indeterminado. Y tampoco esta

36. Coram GIANNECCHINI, 28 martii 1995, in ARRT 87, 2 (1998) 242.

37. Coram HUBER, 27 octobris 1994, in ARRT 86, 7 (1997) 536; c. GIANNECCHINI, 28 martii 1995, in ARRT 87, 2 (1998) 242.

38. Coram BRUNO, 1 februarii 1991, in ARRT 83, 5 (1994) 68.

dilación inficcional de por sí el consentimiento matrimonial, pues no se ha denegado invenciblemente el derecho que se determina conceder posteriormente³⁹. También otra c. Bruno, del 28 de mayo de 1993, recuerda ampliamente esta misma idea: «Esto se debe mantener que vale, para la absoluta exclusión del derecho, perpetua o temporal, porque el derecho se debe conceder siempre perpetuamente y sin ninguna limitación. El acto positivo de la voluntad, denegando el derecho, siempre debe distinguirse cuidadosamente del abuso del matrimonio, que no irrita el matrimonio, porque el abuso puede coexistir con el derecho concedido e, incluso, puede componerse bien. No negamos que la exclusión temporal de la prole, de por sí, según la presunción establecida por la jurisprudencia, se limita al abuso del derecho concedido; *pero se trata de una simple presunción que, admitiendo prueba contraria, puede destruirse con argumentos adecuados y probantes*. Y realmente, si alguien, por cualquier causa, deniega a la comparte el derecho para un tiempo determinado o indeterminado a pedir y exigir cópulas naturales completas, es indudable que se vicia intrínsecamente su consentimiento matrimonial, con tal de que esta decisión se concibiera antes de las nupcias. Pues el derecho que se debe entregar desde el inicio, se remite a un tiempo futuro»⁴⁰.

También otra c. Pompèdda, del 23 de octubre de 1991, recuerda finalmente que la exclusión temporal del derecho a los actos conyugales es difícil de probar, pero que es suficiente para vaciar al consentimiento de su objeto esencial «pues el mutuo derecho de los cónyuges a los actos de por sí aptos para la generación de la prole, no ciertamente para engendrar la prole, surge en y desde el momento en que se hace el matrimonio, esto es a partir del consentimiento entregado y aceptado, expresado en la debida forma. Así, pues, está fuera de la facultad de los contrayentes el diferir temporalmente la entrega de aquel mutuo derecho en su existencia o constitución, no ciertamente en su ejecución, por la voluntad positiva de uno o de ambos, ya sea para un tiempo definido dentro del espacio de una circunstancia futura, necesaria o no, es decir potestativa, ya para un tiempo indefinido, esto es al deseo de ellos según el arbitrio de uno o de ambos: que en todo caso debe entenderse ya para entregar el derecho, ya para a su vez aceptarlo», porque «el derecho a los actos de por sí aptos para la generación de la prole tiene en sí mismo además la nota de la perpetuidad: pues como aquel no sufre con la dilación, como ya hemos recordado, así igualmente no admite interrupción o término; y esto se afirma en orden a la facultad de constituir, no ciertamente en orden a la capacidad de ejecutar»⁴¹.

39. Coram HUBER, 26 novembris 1993, in ARRT 85, 4 (1996) 724.

40. Coram BRUNO, 28 maii 1993, in ARRT 85, 3 (1996) 426, añadiendo: «In temporanea solum exclusione, si voluntas excludendi prolem fuit praevalens ita ut, nisi prole exclusa, matrimonium non celebraretur, tunc non tantum de matrimonii abusu loquendum est, sed ipsum ius a simulante censetur exclusum, quippe qui in momento celebrationis suum consensum limitavit», n. 4, p. 427; c. BRUNO, 22 martii 1991, in «Il Diritto Ecclesiastico» 102, 4 (1991-II) 177; c. FUNGHINI, 17 aprilis 1991, in ARRT 83, 6 (1994) 249-50; c. CIVILI, 26 iunii 1990, in ARRT 82, 7 (1994) 567.

41. Coram POMPEDDA, 23 octobris 1991, in ARRT 83, 3-4 (1994) 565; c. FIORE, 25 februarii 1993, in ARRT 85, 11 (1996) 57; c. FUNGHINI, 28 aprilis 1993, in AART 85, 4 (1996) 316; c.

3) *Procreación responsable*

Los principios anteriormente expuestos tienen una perfecta aplicación al plantearse la *procreación responsable* cuya recta comprensión, como señala A. Bernárdez Cantón, «se mueve dentro del concepto positivo de procreación, es decir el más o el menos de ésta, pero no en el dilema de procreación o no procreación, puesto que la denegación absoluta de la procreación destruye el matrimonio en su ordenación a la prole la cual siempre debe ser salvaguardada»⁴². G. Ricciardi, de manera más concreta, distingue diferentes hipótesis que suelen encontrarse en las causas de exclusión del «bonum prolis»: los contrayentes que, incluso por motivos gravísimos, deciden no tener ningún hijo durante su vida conyugal y se casan con este propósito: hay una presunción de que excluyen el mismo derecho y su consentimiento es nulo; los contrayentes que, al celebrar el matrimonio, deciden tener un determinado número de hijos y excluyen la procreación de otros hijos más allá del número acordado, o bien excluyen temporalmente la procreación, o la limitan a determinados períodos de tiempo: si pretenden positivamente excluir el derecho a tener otros hijos hay, igualmente, una presunción de que excluyen el *ipsum ius ad prolem*; los contrayentes que, al contraer matrimonio difieren sólo temporalmente la procreación o establecen un determinado ritmo de nacimientos, no excluyendo el derecho para los tiempos intermedios sino simplemente pretendiendo no hacer uso del derecho: hay una presunción de que se trata de un *exercitium iuris* y su consentimiento es válido. «Se debe concluir, dice, que al aplicar la doctrina de la procreación responsable al contraer matrimonio, la validez del consentimiento queda a salvo sólo en el caso de que los contrayentes no excluyan la procreación de modo total y para siempre, sino que decidan de común acuerdo el número de hijos, los tiempos y ritmos en los que deberán ser procreados, sin excluir sin embargo el derecho mutuo de buscar la procreación también en los otros tiempos si uno de los dos cambia de opinión y lo considera oportuno»⁴³.

La jurisprudencia rotal analizada parte de que el principio de la procreación responsable debe compaginarse con la estructura ontológica del matrimonio cristiano: «Sin ambages —se afirma en una c. Serrano del 21 de junio de 1985— debe reconocerse la legitimidad e incluso la bondad del concepto y de la praxis de la “paternidad responsable”, que debe conformar y formar parte del derecho conyugal a la procreación... La paternidad responsable debe compaginarse con el carácter perpetuo de cualquier derecho conyugal»⁴⁴. En principio hay que decir que, como

COLAGIOVANNI, 15 decembris 1993, in ARRT 85, 7 (1996) 754; c. BURKE, 19 octobris 1995, in ARRT 87, 12 y 16 (1998) 561-62; c. STANKIEWICZ, 22 februarii 1996, in «Ius Ecclesiae» 10, 14 (1998) 220.

42. A. BERNÁRDEZ CANTÓN, *Simulación parcial*, o.c., 193-94.

43. G. RICCIARDI, *Procreazione responsabile ed esclusione del bonum prolis*, in *La simulazione dell consenso matrimoniale canonico*, Città del Vaticano 1990, 181-82; P. BIANCHI, *L'esclusione della prole*, in «Quaderni di Diritto Ecclesiale» 6 (1993) 207.

44. Coram SERRANO, Decretum 21 iunii 1985, in «Il Diritto Ecclesiastico» 96, 10 (1985-II) 394.

se afirma en algunas decisiones, «la exclusión de la prole “ad tempus” no anula la intención de la prole, sin la que no puede haber matrimonio, porque no subvierte totalmente la intención y no obsta al derecho a la paternidad y a la maternidad responsable, o a la procreación consciente, que otorga a los cónyuges la facultad de regular los tiempos que vacan la concepción, además de atemperar de forma responsable la procreación a un tiempo cierto o incierto»⁴⁵.

Es decir: son de aplicación, en principio, los principios anteriormente enunciados. Una c. Stankiewicz, del 7 de marzo de 1991, los recuerda así: la falta de la prole no conlleva necesariamente la nulidad del matrimonio por este capítulo «a no ser que la exclusión de la prole implique la limitación del derecho o de la obligación conyugal, señalando que ello puede darse en la exclusión temporal». El matrimonio, afirma el citado ponente, confiere a los cónyuges el derecho a poner los actos naturales, esto es ordenarlos de por sí a la procreación: «por consiguiente quién decide someter a su arbitrio el derecho conyugal, aunque sea para un tiempo prefinido, para poner solamente entonces actos incompletos o ilícitos, o ponerlos únicamente en tiempo de esterilidad, lesiona gravemente la integridad de este derecho, que no está sujeto a ninguna limitación en su objeto o en el tiempo. Pues el derecho conyugal es perpetuo por su naturaleza... por lo que en el acto de contraer debe ser entregado y aceptado “in perpetuum”. Por cuya causa, este derecho no admite ninguna interrupción y, por tanto, no se puede coartar a algún tiempo ni se puede restringir válidamente su objeto, que es inmutable sólo a los actos ilícitos»⁴⁶. Recuerda, en consecuencia, que la exclusión temporal de la procreación puede conllevar la limitación del mismo derecho matrimonial y no sólo el uso o el ejercicio de su derecho: esto sucede cuando la denegación de la prole «ad tempus» concurre con la voluntad de rechazar la indisolubilidad; o si la exclusión temporal de la prole se pone como una condición al consentimiento; o si la procreación se rechaza por pacto, etc.⁴⁷.

Principios que también se aplican en el tema de la procreación responsable. Así, por ejemplo, una c. Bruno, del 22 de marzo de 1991, afirma que «en la así llamada “paternidad responsable”... la remisión de la procreación a tiempos que sean más conformes con las exigencias de los cónyuges, se hace según las prescripciones cristianas, esto es “por serias causas y observados los principios morales”. En este caso, no hay ni exclusión del derecho ni abuso del derecho concedido sino sólo regulación racional de la procreación, en la que las partes, usando los períodos age-

45. Coram DE LANVERSIN, 26 iunii 1991, in ARRT 83, 7 (1994) 423; c. DE LANVERSIN, 27 iunii 1990, in ARRT 82, 11-12 (1994) 576.

46. Coram STANKIEWICZ, 7 martii 1991, in ARRT 83, 5-6 (1994) 149-50.

47. *Ibid.*, nn.7-8. En relación con la exclusión condicionada señala el ponente que «ab hac facti specie distinguenda est tamen condicionata prolis exclusio, quae verificationi alicuius futuri eventus alligatur, ut puta fausto exitui nuptiarum, mutationi indolis compartis, acquisitione divitiarum... Haec autem exclusio ius coniugale tunc tantum limitat, si procreatio eventui futuro absolute astringatur, seposito igitur iure vel officio ponendi actus naturales ante verificationem futuri eventus».

nésicos, presumen que han entregado y aceptado el derecho debido. Pero si alguien antes de las nupcias afirma que realizará la paternidad responsable limitando a la comparte ejercer el derecho a la cópula sólo dentro del tiempo establecido para suscitar la prole según su deseo, o, como declaró Pío XII... limitando el mismo derecho sólo a los períodos agénésicos, se debe considerar como inválido el consentimiento matrimonial»⁴⁸. En fin: una c. Burke, del 15 de diciembre de 1994, señala que «la cuestión de la exclusión de la prole “ad tempus” se debe considerar atentamente. Si esta exclusión temporal se hace de común acuerdo, entre las partes, no invalida las nupcias porque existe “la intención de la prole”, aunque la actualización de la intención se deje para un tiempo posterior. Tal decisión no siempre será prudente para la posterior firmeza además de la felicidad del consorcio conyugal; esto no obstante —presupuesto el uso de medios que sean lícitos— en varios casos puede responder a la “paternidad responsable” que se expone en la doctrina más reciente del Magisterio... Por contra, si hay la exclusión unilateral de la prole para tiempo indeterminado (que ciertamente puede hacerse absoluta si no se cumplen ciertas condiciones), entonces el consentimiento prestado es inadecuado. Tal exclusión inficciona la naturaleza de la auto-donación conyugal y viola el derecho de la otra parte a encontrar un cónyuge que está abierto a la posibilidad de engendrar prole. Pues se inferiría una grave injuria a la persona, que gozando de la capacidad de tener prole y deseándola, si debiera permanecer bajo tal vínculo inválido»⁴⁹.

C. Exclusión de la prole «ad libitum»

Existe esta exclusión cuando «alguien, vinculando la generación de la prole a un acontecimiento futuro e incierto, decide que él tomará en el futuro la decisión de, quizá, tener prole. En esta hipótesis, realmente la validez del matrimonio se pierde, como mantiene la jurisprudencia N.F., esto es que quién al contraer se reserva la entrega del derecho si y en cuanto sucedan ciertos acontecimientos en el futuro, no hay duda de que no entrega el derecho en el acto de la celebración y, por tanto, restringe el objeto del consentimiento»⁵⁰. Algunas otras decisiones lo llaman *entrega condicionada del derecho*: «No se debe dudar de que se excluyó el derecho cuantas veces se pruebe que el contrayente entregó condicionadamente el derecho», exigiéndose dos cosas para que conste la prole excluida por condición o el derecho a los actos conyugales entregado condicionadamente: «la determina-

48. Coram BRUNO, 22 martii 1991, in «Il Diritto Ecclesiastico» 102, 5 (1991-II) 177. Ya con anterioridad una c. STANKIEWICZ, del 26 de junio de 1983, había afirmado: «nemo valide potest suo arbitrato coangustare ius coniugale ad periodos exclusive steriles vel ad actus ex industria fecunditate privatos, ut novae vitae conceptio ac procreatio impediatur».

49. Coram BURKE, 15 decembris 1994, in ARRT 86, 11 (1997) 721; c. BURKE, 19 octobris 1995, in ARRT 87, 10 (1998) 560.

50. Coram DE LANVERSIN, 5 aprilis 1995, in ARRT 87, 8, C(1998) 255; c. DAVINO, 25 ianuarii 1990, in ARRT 82, 3 (1994) 27-28.

ción de la exclusión en cuanto al tiempo y la exclusión realizada de forma absoluta. En lo que atañe al primer criterio, su prueba no crea generalmente dificultades. En cuanto al otro criterio, la jurisprudencia enuncia varias presunciones entre las que se enumeran la pervicaz denegación de la cópula realizada normalmente y la tenacidad en mantener este propósito»⁵¹.

Otra c. Fiore, del 25 de febrero de 1993, señala que la jurisprudencia rotal distingue entre la exclusión temporal y la exclusión condicionada de la prole «que ciertamente significa que el derecho no se ha entregado a la comparte», pues este último supuesto se da «cuando alguien al contraer se reserva la entrega del derecho si y en cuanto sucedan ciertas circunstancias en el futuro. En esta hipótesis, no hay duda de que el contrayente no entrega el derecho en el acto de la celebración y, por tanto, vanifica el objeto del consentimiento»⁵². Otra c. Davino, de 25 de enero de 1990, afirma que «cuando se habla de la exclusión temporal de la prole, ante todo se debe tener en cuenta que esto puede suceder de dos maneras. Pues o se excluye la prole para un tiempo determinado (cf. ad rem la doctrina sobre la paternidad responsable), o la exclusión de la prole se hace de forma condicionada... En el primer caso las nupcias valen, sin duda alguna; en el otro, sin embargo, no se debe dudar sobre la nulidad de consentimiento prestado... Por lo demás... a la esencia del consentimiento conyugal le pertenece la entrega del cuerpo, no para concederla a la comparte al propio deseo y capricho... y por años, y quizá para denegarla de una vez para siempre, sino perpetua y exclusiva, esto es sólo a aquel tantas veces cuantas el cónyuge pida razonablemente hacerlo... Lo que ya enseñaba Pío XII: el derecho derivado del contrato matrimonial es un derecho permanente, ininterrumpido y no intermitente de cada uno de los cónyuges frente al otro»⁵³. Finalmente, otra c. Bruno del 21 de julio de 1994 se aparta de esta línea al señalar que la hipotética dilación de la prole, de por sí no irrita el matrimonio. Pues realmente se trata de una exclusión temporal realizada bajo condición de futuro, que según la constante jurisprudencia de N.F. sólo induce a la presunción de un denegado uso del derecho con el propósito de abusar..., a no ser que «ex actis et probatis» emerja indudablemente que fue excluido el mismo derecho a la procreación. Cuando se trata de la hipotética exclusión de la prole, el juez debe proceder con gran prudencia en su juicio»⁵⁴.

4. CONCLUSIÓN

No es fácil la prueba del consentimiento simulado en general ya que se trata de descubrir cuál ha sido la intención real, la voluntad verdadera del contrayente

51. Coram HUBER, 26 novembris 1993, in ARRT 85, 5-6 (1996) 724-25; c. BRUNO, 28 maii 1993, in ARRT 85, 3 (1996) 426.

52. Coram FIORE, 25 februarii 1993, in ARRT 85, 11-12 (1996) 57; c. FUNGHINI, 28 aprilis 1993, in ARRT 85, 4 (1996) 316.

53. Coram DAVINO, 25 ianuarii 1990, in ARRT 82, 10 (1994) 31-32; c. FUNGHINI, 7 iulii 1993, in ARRT 85, 4 (1996) 522-23.

54. Coram BRUNO, 21 iulii 1994, in ARRT 86, 5 (1997) 405.

en el momento de prestar el consentimiento matrimonial: se trata, en suma, de investigar un acto interno, que no puede analizarse directamente, teniendo en cuenta que, en definitiva, «praeter Deum, contrahens est unicus testis directus suae voluntatis»⁵⁵. Dificultades procesales que parecen aumentar en la prueba de la exclusión del «bonum prolis»: la distinción entre el derecho y el uso o ejercicio del derecho, importantísima para averiguar la voluntad real de los contrayentes, no es conocida por muchos de éstos aumentando con ello la dificultad probatoria⁵⁶. El lenguaje técnico y preciso que se emplea en estas materias y que es desconocido generalmente por las partes y los testigos, confundiendo muchas veces al propio juez instructor⁵⁷. La retrotracción del propósito de no procrear, madurado durante el matrimonio, al momento prematrimonial⁵⁸, etc., son óbices importantes en este tipo de procesos. Y una especial complejidad se presenta cuando se trata de probar la exclusión temporal de la prole que, si, bien puede implicar la limitación del derecho a los actos propiamente conyugales, generalmente funda la presunción que sólo se ha denegado el recto uso o ejercicio del derecho matrimonial a realizar dichos actos⁵⁹.

A pesar de estas dificultades, es evidente que puede probarse la simulación: «el Juez puede llegar a adquirir la suficiente certeza moral sobre ello a partir de la confesión del simulante, principalmente cuando se ha realizado en tiempo no sospechoso; de la explicación de la simulación extraída de la causa “simulandi” y “contrahendi”; de la confirmación de la simulación, proveniente de las circunstancias antecedentes, concomitantes y subsiguientes, y demostrada por testigos fidedignos o documentos fehacientes»⁶⁰.

Una c. Huber, del 26 de noviembre de 1993, es modélica en este sentido: el ponente, después de analizar cuidadosamente todas las pruebas aportadas, directas o indirectas, llega a la conclusión «de que la mujer demandada, al contraer matrimonio, entregó condicionadamente al varón el derecho al cuerpo para los actos conyugales. Pues consta probado que ella, antes de las nupcias, determinó que absolutamente y por tiempo indefinido no cumpliría la obligación del matrimonio. Con esta determinación de su voluntad, la parte demandada limitó el objeto esencial del consentimiento, que es el derecho permanente, no intermitente o interrumpido a los actos conyugales»⁶¹. Esto sucede en el caso de la exclusión «ad tem-

55. Coram HUBER, 26 novembris 1993, in ARRT 85, 7 (1996) 726.

56. Coram DE LANVERSIN, 26 iunii 1991, in ARRT 83, 9 (1994) 424.

57. Coram BRUNO, 1 februarii 1991, in ARRT 83, 6 (1994) 69.

58. Coram BRUNO, 21 iulii 1994, in ARRT 86, 5 (1997) 405.

59. Coram STANKIEWICZ, 7 martii 1991, in ARRT 83, 9-11 (1994) 151-52.

60. Coram BURKE, 19 octobris 1995, in ARRT 87, 17 (1998) 562.

61. Coram HUBER, 26 novembris 1993, in ARRT 85, 18-25 (1996) 731-36. De hecho, la mujer, que excluyó a los hijos en su primer matrimonio, en su posterior matrimonio civil tenía dos hijos cuando se tramitó la nulidad ante la Rota, lo que es explicado así por el ponente: «Difficultas, desumpta utique ex duobus nunc habitis filiis, non est insuperabilis. Mulier conventa, ut scimus ex actis, nihil contra filios habuit eosque a viro dilecto procreare desideravit... Marito non amato

pus». Aunque su prueba es más difícil que en los restantes casos, cuando consta que se ha excluido temporalmente el derecho al bien de la prole el matrimonio es nulo: el recurso al aborto, el uso constante de anticonceptivos durante la vida conyugal, etc.⁶², son indicios de esta exclusión. La existencia de una causa grave, al menos para el simulante, tanto para excluir la prole como para contraer matrimonio, es otro de los elementos fundamentales de la prueba de esta forma de exclusión: entre otras, la jurisprudencia rotal enumera la enfermedad insanable hereditaria que una u otra parte, o sus padres, padecen y que, quizá, infectaría gravemente a la prole que naciera; la desordenada naturaleza de la personalidad del simulante; el temor al fracaso del matrimonio; etc.⁶³. Una c. Funghini, del 28 de abril de 1993, indica que las siguientes causas son adecuadas para excluir el bien de la prole: el carácter egoísta del simulante, el terror al parto, la aversión a la prole, el temor a una enfermedad hereditaria, la no buena condición económica, la propia profesión, etc.⁶⁴.

La jurisprudencia rotal romana sigue, por tanto, manteniendo los mismos principios en relación con la exclusión del «bonum prolis», sea ésta absoluta o temporal: los contrayentes no pueden excluir el derecho a la prole en su consentimiento matrimonial. Sólo cabe que, aceptado éste, se regule su uso o ejercicio: de aquí que quepa la limitación de la prole siempre que no haya limitación del derecho, que esta limitación temporal no sea absoluta, etc. Como indica R.M. Sable, «claramente se demuestra en la jurisprudencia rotal que también la exclusión temporal, si es absoluta, suspende o coarta totalmente el verdadero consentimiento... el contrayente no puede reservarse a sí mismo y a él sólo el derecho a determinar si y cuándo nacerá la prole del conyugio. Pues entonces nunca asumió o entregó al consorte el derecho al bien de la prole»⁶⁵. La raíz del problema, como es evidente, radica en la limitación del consentimiento, no en la limitación de la prole: esto es, cuando el contrayente se establece él mismo como árbitro y como única y exclusiva fuente de los derechos conyugales, reclamándose el derecho absoluto, e indiscutible de determinar si y cuándo debe nacer la prole. Las indicaciones de la jurisprudencia rotal nos ayudan a descubrir la voluntad real de los contrayentes en este tema.

denegavit, quod marito amato concessit», n. 26, p. 736. Otra c. DE LANVERSIN, 26 ianuarii 1994, in ARRT 86 (1997) 47-55, declara que consta la nulidad por este capítulo en un matrimonio celebrado 40 años antes y cuya convivencia duró 28 años.

62. Coram BURKE, 15 decembris 1994, in ARRT 86, 10 (1997) 721; c. BRUNO, 21 iulii 1994, in ARRT 86, 4 (1997) 405; c. FIORE, 25 februarii 1993, in ARRT 85, 10 (1996) 57.

63. Coram DAVINO, 25 ianuarii 1990, in ARRT 82 (1994) 26-33; c. BRUNO, 28 maii 1993, in ARRT 85, 4 (1996) 427; c. COLAGIOVANNI, 15 decembris 1993, in ARRT 85, 7 (1996) 753-54; etc.

64. Coram FUNGHINI, 28 aprilis 1993, in ARRT 85, 5 (1996) 317; c. FUNGHINI, 17 aprilis 1991, in ARRT 83, 8 (1994) 250-51.

65. R.M. SABLE, *Tradere et accipere: quaedam problemata de mutuo consensu circa ius ad prolem in causis matrimonialibus*, in «Periodica» 84 (1995) 776. Es por ello difícil de asumir la opinión de G. COMOTTI, *Ordinatio ad prolem* del matrimonio e scelta di non procreare: alcune riflessioni canonistiche in tema di procreazione responsabile, in *Matrimonio canonico e AIDS*, Torino 1995, 108-15.