

DISSERTATIONES
SERIES CANONICA - LXXIII

PONTIFICIA UNIVERSITAS SANCTAE CRUCIS
FACULTAS IURIS CANONICI

Javier De Juan Pardo

LA EXCLUSIÓN DEL *BONUM PROLIS* EN LA
JURISPRUDENCIA DE LA ROTA ROMANA
POSTERIOR A LA ENTRADA EN VIGOR DEL
CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO DE 1983

*Thesis ad Doctoratum in Iure Canonico
totaliter edita*

ROMAE 2024

Vidimus et adprobavimus ad normam statutorum

Prof. Dr. Hector Franceschi
Prof. Dr. Miguel Ángel Ortiz

Imprimi potest

Prof. Dr. Thierry Sol
Decano della Facoltà di Diritto Canonico

Dr. Jesús Sáenz
Segretario Generale
Roma, 13-VI-2024
Prot. n° 426/2024

Imprimatur

Vicariato di Roma
27 giugno 2024

© 2024 - Edizioni Santa Croce s.r.l.
Via Sabotino 2/ A 00195 Roma
0645493637 - info@edusc.it
www.edizionisantacroce.it

ISBN 979-12-5482-334-7

SUMARIO

Introducción.....	7
-------------------	---

Capítulo I

LA SIMULACIÓN DEL CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL	11
1.1 Naturaleza del fenómeno simulatorio	12
1.2 El sentido de la expresión acto positivo de la voluntad	18
1.2.1 Doble acto de la voluntad	40
1.2.2 Identificación del acto positivo de la voluntad con la condición	52
1.3 Distinción entre simulación total y simulación parcial	56
1.4 Simulación parcial: los <i>tria bona</i> del matrimonio.....	59

Capítulo II

LA EXCLUSIÓN DE LA PROLE: EL CONTENIDO DEL <i>BONUM PROLIS</i> Y EL PROBLEMA DE LA DISTINCIÓN ENTRE EL DERECHO Y SU EJERCICIO.....	67
2.1. Contenido y sentido de esta expresión	68
2.1.1. <i>Intentio prolis</i>	70
2.1.2. Ordenación del matrimonio a la prole	78
2.1.3. <i>Ius in corpus</i>	83
2.2. La distinción entre el derecho y el ejercicio del derecho	99
2.2.1. Validez y utilidad de esta distinción	102
2.2.2. Presunciones fundadas por la exclusión del derecho y por la exclusión del ejercicio del derecho	115
2.2.3. Admisión de la prueba en contrario de estas presunciones.....	127
2.2.4. Presunción de la exclusión del derecho por la tenacidad en el abuso o en la denegación del ejercicio del derecho	132
2.3. Conclusión	135

Capítulo III

LA EXCLUSIÓN ABSOLUTA Y LA EXCLUSIÓN TEMPORAL DE LA PROLE	141
3.1. Exclusión absoluta	144
3.2. Exclusión temporal no invalidante.....	149
3.2.1. La dilación de la prole	155
3.2.2. La limitación del número de hijos	172
3.3. Exclusión temporal que excluye el mismo derecho o sustancialmente absoluta.....	175
3.3.1. Reserva de la decisión sobre la posibilidad y el momento de tener hijos por parte de uno de los contrayentes	178
3.3.2. Sometimiento de la generación de la prole a condición de futuro.....	183
3.4. Conclusión	194

SUMARIO

Capítulo IV

LA EXCLUSIÓN DE LA EDUCACIÓN DE LA PROLE.....	197
4.1. Posibles modos de excluir la educación de la prole.....	201
4.1.1. <i>Educatio physica prolis</i>	201
4.1.2. <i>Educatio moralis et religiosa prolis</i>	202
4.2. Tratamiento jurisprudencial de la exclusión de la educación de la prole.....	203
4.3. Conclusión	212

Capítulo V

LA PRUEBA DE LA EXCLUSIÓN DEL BIEN DE LA PROLE.....	215
5.1. Consideraciones previas	216
5.1.1. Dificultad de la prueba de la exclusión de la prole	216
5.1.2. Presunciones desarrolladas por la jurisprudencia.....	221
5.1.3. Sobre la carga de la prueba	230
5.2. Elementos tradicionales de la prueba de la simulación	232
5.2.1. Confesión de la simulación y declaraciones de las partes y testigos.....	234
5.2.2. <i>Causa simulandi</i>	245
5.2.3. Circunstancias antecedentes, concomitantes y sucesivas.....	253

CONCLUSIONES	259
--------------------	-----

BIBLIOGRAFÍA.....	269
-------------------	-----

1. Fuentes normativas.....	269
2. Fuentes magisteriales	269
3. Jurisprudencia	270
4. Autores.....	287

INTRODUCCIÓN

El Tribunal Apostólico de la Rota Romana ha dictado un total de 5469 sentencias¹ en el periodo comprendido entre el 27 de noviembre de 1983, fecha de la entrada en vigor del actual Código de Derecho Canónico, y diciembre de 2016, año de las decisiones recogidas en el último volumen de pronunciamientos rotales publicado en el momento de concluir esta investigación.

Uno de los capítulos más frecuentemente invocados ante ese Tribunal es el de la simulación del consentimiento matrimonial, entre el que ocupa un lugar destacado la exclusión del *bonum prolis*, ya que, del total de fallos emitidos en esos años, 930 se refieren a este tipo de exclusión, lo que supone casi una quinta parte de las decisiones, y da idea de la importancia de este supuesto concreto de simulación.

En ese tiempo, se han publicado 1903 causas, de las que 300 se refieren a la exclusión del *bonum prolis*, bien como único capítulo de nulidad, o bien unido a otros. Este número, que supone algo menos de la sexta parte del total de las sentencias publicadas en ese periodo, permite hacerse cargo sobradamente del tratamiento que la jurisprudencia da a este supuesto de simulación.

A lo largo de estas páginas, nos proponemos estudiar el contenido y el sentido que la jurisprudencia rotal de los años posteriores a esa fecha de noviembre de 1983 ha dado a la clásica expresión *bonum prolis*. Pensamos que el esfuerzo que se ha realizado en las sentencias de la Rota Romana por determinar el significado de esta expresión redundará en una mejor comprensión del contenido específico y del alcance de este fin del matrimonio y, en definitiva, de la verdad o falsedad de la voluntad concreta de los contrayentes que se manifiesta a través del signo nupcial. Esta comprensión cobra una especial importancia, ya que, por el papel que le corresponde a este tribunal de proveer a la unidad de la jurisprudencia y de prestar ayuda a los tribunales inferiores mediante sus sentencias, para conseguir en toda la Iglesia aquella unidad fundamental de jurisprudencia que exigen las causas matrimoniales²,

¹ *Romanae Rotae Decisiones seu Sententiae*, vol. LXXV- CVIII, Città del Vaticano, 1986-2016. Como los efectos jurídicos de las *decreta ratihabitionis* son los mismos que los de las sentencias, les hemos dado el mismo tratamiento.

² Cfr. PONTIFICIO CONSEJO PARA LOS TEXTOS LEGISLATIVOS, *Instrucción «Dignitas connubii» que deben observar los tribunales diocesanos e interdiocesanos al tratar las causas de nulidad del matrimonio*, 25 de enero de 2005, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2005, Introducción; SAN JUAN PABLO II, Constitución Apostólica *Pastor Bonus*, de 29 de junio de 1988 (*Acta Apostolicae sedis* –en adelante AAS– 80 [1988] 841-930), art. 126; FRANCISCO, Constitución Apostólica *Praedicate Evangelium*, sobre la Curia Romana y su servicio a la Iglesia en el mundo, 19 de marzo de 2022, art. 200 § 1: «El Tribunal de la Rota Romana actúa ordinariamente como

marca la línea que se ha de seguir en cualquier proceso de nulidad por exclusión de la prole.

En este trabajo nos hemos limitado a examinar las decisiones rotales de las causas de nulidad invocadas por este capítulo que han sido publicadas hasta el momento de terminar esta investigación³. Aunque, sin duda, el análisis de las sentencias no publicadas enriquecería este estudio, hemos optado por tomar únicamente en consideración las que están al alcance del público general, ya que son muy numerosas –se trata de 300 decisiones– y dan una idea cabal acerca del objeto de nuestro estudio. Además, son las que, de hecho, sientan jurisprudencia, por ser de fácil acceso para los operadores de los tribunales eclesiásticos. No entramos aquí a valorar la oportunidad de que no se publiquen habitualmente todas las sentencias. Únicamente, nos parece que sólo deberían tomarse en consideración como fuente del derecho las decisiones rotales que puedan conocerse de un modo sencillo, pues, de otra manera, difícilmente podrán cumplir su función de contribuir a la unidad de la jurisprudencia⁴.

Son muchos los autores que han tratado sobre el *bonum prolis* y, más en concreto, sobre su exclusión como causa de nulidad matrimonial. Al ser uno de los fines del matrimonio, la práctica totalidad de los estudiosos del derecho matrimonial afronta este tema, bien directamente, para explicar su contenido y sus implicaciones jurídicas propias, o bien al tratar acerca del consentimiento por el que se constituye el matrimonio, ya que la exclusión de ese bien lo haría inválido⁵. Las publicaciones sobre el particular, en consecuencia, son muy abundantes, por lo que se hace preciso limitar de alguna manera el objeto de nuestra investigación. Por este motivo, en las páginas sucesivas nos ceñiremos al análisis de las ideas que se recogen en la jurisprudencia rotal acerca de este argumento, sin grandes referencias a la doctrina, salvo las que se vean oportunas para aclarar alguna cuestión concreta. Pero no nos detendremos en el tratamiento que la doctrina da a los distintos elementos que entran en juego en la exclusión del *bonum prolis*.

Es necesaria una última precisión sobre las fuentes que hemos empleado. Como es natural, no es la primera vez que se realiza un trabajo de este

instancia superior en el grado de apelación en la Sede Apostólica con el fin de tutelar los derechos en la Iglesia; provee a la unidad de la jurisprudencia y, a través de sus sentencias, sirve de ayuda a los tribunales de grado inferior» (el texto en español es de la página web de la Santa Sede: https://www.vatican.va/content/francesco/es/apost_constitutions/documents/20220319-costituzione-ap-praedicte-evangelium.html).

³ En la bibliografía se ofrece el elenco de estas sentencias.

⁴ Cfr. BAURA, EDUARDO, *Riflessioni sul valore canonico della giurisprudenza*, en KOWAL, JANUSZ – LLOBELL, JOAQUÍN (a cura di), «Iustitia et iudicium». Studi di diritto matrimoniale e processuale canonico in onore di Antoni Stankiewicz, Studi giuridici – 89, vol. II, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2010, p. 1404.

⁵ *Codex Iuris Canonici*, c. 1101 § 2: «At si alterutra vel utraque pars positivo voluntatis actu excludat matrimonium ipsum vel matrimonii essenziale aliquod elementum, vel essentiallem aliquam proprietatem, invalide contrahit».

tipo, pues las sentencias rotales son objeto frecuente de estudio y valoración por parte de la doctrina. En concreto, son numerosos los autores que afrontan la exclusión del *bonum prolis* a la luz de la jurisprudencia rotal. Sin embargo, lo más frecuente es hacerlo de una manera parcial, tomando en consideración únicamente las decisiones más recientes sobre la materia. En nuestra investigación se pretende dar una visión de conjunto, al contemplar todas las sentencias publicadas referidas a la exclusión por este capítulo de nulidad. Por este motivo, nos vamos a centrar en el estudio del *in iure* de las decisiones rotales, pues lo que se persigue es conocer y valorar el derecho aplicado en todas las sentencias, y hacer posible así una contribución a la unidad de la jurisprudencia. Después del trabajo de búsqueda y recopilación de las decisiones del Tribunal de la Rota Romana sobre el objeto de la investigación, se analizarán, tanto separadamente como poniéndolas en relación unas con otras, para intentar identificar los distintos enfoques y puntos de vista de los jueces rotales, para explicar el contenido e implicaciones jurídicas que le atribuyen a la exclusión de este bien del matrimonio.

Para afrontar adecuadamente este trabajo, nos parece importante comenzar enmarcando la exclusión del bien de la prole dentro del fenómeno simulatorio, del que forma parte. Para eso, vemos necesario enfocarnos en primer lugar en la naturaleza de la simulación, y analizar sus elementos constitutivos, para estudiar después la distinción entre la simulación total y la simulación parcial, y terminar examinando los diferentes tipos de simulación parcial que la jurisprudencia contempla como capítulos autónomos en las causas de nulidad, de modo que podamos estar así en condiciones de centrarnos después en la exclusión del *bonum prolis*.

Una vez que se haya contextualizado bien el tema, nos proponemos estudiar el contenido de la expresión *bonum prolis* a la luz de la jurisprudencia de la Rota Romana, analizando las sentencias que se han incoado ante ese tribunal por la exclusión de este bien del matrimonio, dentro del periodo de tiempo que nos hemos marcado como límite, como hemos explicado anteriormente. Es la tarea que pensamos llevar a cabo en el segundo capítulo de nuestra investigación.

Una vez visto el contenido del *bonum prolis*, querríamos detenernos en el tercer capítulo de este trabajo en los distintos tipos de exclusión de este bien del matrimonio, así como en las consecuencias jurídicas de cada uno de ellos, ya que cabría la posibilidad de que el rechazo de la prole fuera absoluto, es decir, que se excluyera cualquier opción de llegada de los hijos en el matrimonio, o sólo parcial, cuando se pretendiera evitar la prole sólo por un tiempo, o limitarla a un determinado número de hijos, por ejemplo.

Como el bien de la prole no se limita sólo a la mera generación de los hijos, sino que incluye también su educación, nos ha parecido necesario ver en el capítulo cuarto en qué consiste esta faceta del *bonum prolis*, y si la jurisprudencia se ha pronunciado sobre el particular.

Por último, teniendo en cuenta que el objeto de nuestra investigación se va a centrar en las sentencias rotales, nos parece interesante analizar la pos-

tura de la jurisprudencia sobre la prueba de la exclusión del bien la prole, ya que, para que dicha exclusión tenga eficacia y consecuencias jurídicas, ha de poder probarse en ámbito procesal.

Antes de terminar esta introducción, queríamos señalar que, como regla general, hemos recogido en las notas a pie de página los párrafos de las sentencias que se explican, para facilitar el acceso al texto que se comenta. Sólo lo dejaremos de hacer en algún caso en el que simplemente se enumeren varias decisiones que traten de un aspecto concreto que se quiera resaltar, sin mayores referencias al contenido. Somos conscientes de que esta elección puede hacer más pesada la lectura de este trabajo, pero pensamos que merece la pena recoger las palabras exactas de los textos citados o comentados en el mismo lugar en el que se mencionan. Como es lógico, algunas sentencias tienen más relevancia que otras, y se han convertido en punto de referencia para la jurisprudencia posterior, al aclarar con mayor profundidad un punto concreto, realizar un análisis más detenido de una cuestión, o aportar ideas y puntos de vista nuevos. Aunque intentaremos afrontar más detenidamente el estudio de su contenido, también en estos casos pensamos incluir los pasajes de las sentencias comentadas en las notas a pie de página.

No quería terminar esta introducción sin añadir un especial agradecimiento a los profesores de la Facultad de Derecho Canónico de la Pontificia Universidad de la Santa Cruz, por la formación impartida durante los años de licenciatura, así como por su cercanía y disponibilidad constantes. De modo muy particular, deseo dar las gracias al Prof. Héctor Franceschi, director de esta tesis, que ha sido un gran apoyo en este trabajo. Su paciencia, su atención y sus abundantes consejos han sido de gran ayuda en nuestra investigación, y han contribuido de modo significativo para que llegara a buen puerto.

Capítulo I

LA SIMULACIÓN DEL CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL

La exclusión de la prole es uno de los supuestos de simulación parcial del consentimiento matrimonial más frecuentemente invocados ante el Tribunal Apostólico de la Rota Romana¹. Las sentencias publicadas de dicho foro por este capítulo de nulidad, desde la entrada en vigor del Código de Derecho Canónico de 1983 hasta diciembre de 2016, año de las sentencias recogidas en el último volumen de decisiones rotales publicado, suponen algo menos de la sexta parte del total. Esto ha dado lugar a una abundante jurisprudencia, que nos proponemos estudiar a lo largo de estas páginas, con el fin de alcanzar una mejor comprensión del significado y contenido de la expresión *bonum prolis* y, en definitiva, del objeto del consentimiento y del mismo matrimonio.

¹ MONETA, PAOLO, *Spunti di riflessione sulla simulazione del consenso matrimoniale*, en KOWAL, JANUSZ – LLOBELL, JOAQUÍN (a cura di), «Iustitia et iudicium». Studi di diritto matrimoniale e processuale canonico in onore di Antoni Stankiewicz, cit., p. 708: «Vorrei svolgere alcune riflessioni su quella figura di nullità che assume la denominazione usuale (non è infatti prevista in alcuna disposizione legislativa) di *simulazione*. Si tratta di uno dei capi di nullità oggi più frequentemente invocati (nelle sue diverse articolazioni) e certamente uno di quelli che ha subito nel tempo un'evoluzione di grande interesse, proprio in considerazione di quei fattori a cui ho accennato all'inizio». El autor se refiere previamente, en la p. 707, al enorme cambio «nel modo di vivere, di pensare, di concepire i rapporti interpersonali nelle nostre società, perlomeno quelle di cultura occidentale; sia — e non certo in modo slegato da questo cambiamento — da un profondo ripensamento della stessa realtà della Chiesa, della sua configurazione interna, della sua missione, del suo porsi dinanzi agli uomini del nostro tempo e ai problemi che interessano tutta l'umanità»; FRANCESCHI, HÉCTOR, *L'esclusione della prole nella giurisprudenza rotale recente*, en FRANCESCHI, HÉCTOR – ORTIZ, MIGUEL ÁNGEL (a cura di) *Verità del consenso matrimoniale e capacità di donazione. Temi di Diritto Matrimoniale e Processuale Canonico*, Pontificia Università della Santa Croce, Roma, 2009, p. 297: «malgrado sia diminuito il numero di cause riguardanti la simulazione in generale (...), tra le quali prevalgono l'esclusione della prole e l'esclusione dell'indissolubilità, sta di fatto che, come ho affermato prima, se ci sono poche cause in Rota su questo capo, non significa necessariamente che presso i Tribunali sia meno invocato, perché se l'esclusione è chiara, di solito, la causa si conclude nella seconda istanza con la doppia conforme, e solo i casi più complicati arriverebbero in Rota. In qualche modo, tutto ciò conferisce maggiore interesse alla giurisprudenza rotale, perché in essa troviamo dei casi che, a volte, per la loro complessità, hanno obbligato i giudici ad approfondire il senso della simulazione, il significato dell'espressione *bonum prolis* o i suoi elementi di prova».

A lo largo de este primer capítulo, se explicará en qué consiste la simulación en general, pues se hace preciso enmarcar bien la llamada exclusión parcial del consentimiento matrimonial y, en concreto, la del bien de la prole. Acometeremos este trabajo dando los siguientes pasos: después de analizar la naturaleza del fenómeno simulatorio, nos detendremos en el llamado *acto positivo de la voluntad*, necesario para que pueda hablarse de exclusión, como veremos; a continuación, estudiaremos la distinción entre la simulación total y la simulación parcial, para terminar analizando los tipos de simulación parcial que la jurisprudencia contempla como capítulos autónomos en las causas de nulidad, y poder estar así en condiciones de centrarnos en la exclusión del *bonum prolis*.

1.1. NATURALEZA DEL FENÓMENO SIMULATORIO

Se llama simulación al supuesto en que uno o ambos contrayentes, al manifestar el consentimiento, excluyen interiormente con un acto positivo de la voluntad el matrimonio mismo –simulación total–, o un elemento esencial o una propiedad esencial del matrimonio –simulación parcial–, lo que invalida el matrimonio².

Se manifiesta algo distinto de lo que realmente se quiere al expresar externamente el consentimiento, y se hace de manera deliberada. Se simula un comportamiento determinado, que todos entienden de una manera precisa, con intención de engañar, de realizar algo distinto, de aparentar. En la simulación no se da una simple equivocación, sino que existe un propósito concreto de fingir.

Se explica muy bien en muchas de las decisiones de la Rota Romana. Las sentencias c. Caberletti del 17 de diciembre de 2004 y c. Yaacoub del 14 de noviembre de 2012, por ejemplo, la definen como la discordancia entre lo que el sujeto quiere internamente y lo que manifiesta externamente³. De igual modo, la c. Defilippi del 17 de junio de ese mismo año 2004, la c. Sable del 28 de marzo de 2012 y la c. Monier del 3 de octubre de 2014, hablan de la simulación como la divergencia entre la voluntad interna y su manifestación externa⁴. Vuelve a tratarla de la misma manera la c. Sciacca del 27 de abril de

² Cfr. *Codex Iuris Canonici*, c. 1101 § 2.

³ Cfr. c. CABERLETTI, Tiburtina, 17 de diciembre de 2004, n. 5, en RRDec., vol. XCVI, p. 896: «*Simulatio ideoque definitur uti dissensio vel discordia inter quod subiectum intus vult et illud quod extrinsecus ostendit*»; c. YAACOUB, Calaritana, 14 de noviembre de 2012, n. 7, en RRDec., vol. CIV, p. 333: «*Ita simulatio est discordia inter declarationem voluntatis et internam voluntatem et consistit in positivo actu voluntatis, quo nupturiens excludit matrimonium ipsum, vel matrimonii essentielle aliquod elementum vel essentielle aliquam proprietatem*».

⁴ Cfr. c. DEFILIPPI, Albenganen.-Imperiae, 17 de junio de 2004, n. 5, en RRDec., vol. XCVI, p. 429: «*Hoc in casu habetur consensus simulatio, seu "dissensio adest inter voluntatem internam et eius externam manifestationem, hoc est cum "Aliud agitur et aliud agi simulatur" (Ulp., D. 14,9)" (coram Turnaturi, sent. diei 1 martii 1996, RRDec., vol. LXXXVIII, p. 170, n. 9)*»; c. SABLE, Placentina-Bobien., 28 de marzo de 2012, n. 4, en RRDec., vol. CIV,

2007, que se refiere además, como la c. Verginelli del 15 de diciembre de 2005, a la necesidad de que haya conformidad entre el acto interno y el externo al proferir el consentimiento, para no incurrir en la simulación⁵. Si no se diera esa conformidad, señala la decisión c. Ferreira Pena del 9 de junio de 2006, no se produciría ningún consentimiento⁶. Se recogen las mismas ideas en dos decisiones c. Bottone, del 30 de junio de 2009 y del 6 de julio de 2010, en la c. Monier del 8 de abril de 2016 y en la c. Sable del 13 de diciembre de ese mismo año: simula quien pronuncia externamente las palabras del consentimiento o utiliza signos adecuados para significarlo, pero no tiene la voluntad de contraer o de obligarse, o excluye algunos fines o alguna propiedad esencial mediante un acto positivo de la voluntad; y, dado que el matrimonio se perfecciona solo por el consentimiento, que es un acto de la voluntad emitido por el ánimo, quien expresa externamente el consentimiento pero no consiente con el ánimo, contrae inválidamente. El matrimonio es nulo cuando el contrayente no quiere el matrimonio, o cuando aparentemente lo quiere, pero privado de algún elemento o propiedad esencial⁷.

p. 69: «Simulatio consistit in deliberate intenta a subiecto discrepantia inter voluntatem internam et externam eius manifestationem seu declarationem»; c. MONIER, Placentina-Bobien., 3 de octubre de 2014, n. 3, en RRDec., vol. CVI, p. 273: «Nam agitur de formali difformitate inter actum externum, quo matrimonium contrahi videtur esse cum verbis vel signis adhibitis, et veram intentionem nubentis vel interiorem consensum».

⁵ Cfr. c. VERGINELLI, Florentina, 15 de diciembre de 2005, n. 5, en RRDec., vol. XCVII, p. 620: «Hic, autem, est codicialis sensus simulationis postquam lex praemiserit conformitatem inter actum internum et externum in consensu proferendo i. e. in patefacienda voluntate contractivae»; c. SCIACCA, Taurinen., 27 de abril de 2007, n. 4, en RRDec., vol. XCIX, p. 143: «Etenim, si contrahens externe verba profert consensum exprimentia, ast interne autem non consentit, deest ille voluntatis humanus actus necessarius perficiendo contractui matrimoniali, qui de natura sua est voluntarius atque efficitur actu interno voluntatis externe manifestato».

⁶ Cfr. c. FERREIRA PENA, Conimbricen., 9 de junio de 2006, n. 5, en RRDec., vol. XCVIII, p. 195: «nihil ergo producit consensus externe et formaliter tantum expressus, nisi cum interno animi sensu nubentis congruat»; c. MONIER, SS.Mae Trinitatis Caven., 8 de abril de 2016, n. 3, en RRDec., vol. CVIII, p. 89: «His positus, qui externe consensum exprimit, sed animo suo minime consentit, invalide contrahit».

⁷ Cfr. c. BOTTONE, Taurinen., 30 de junio de 2009, n. 5, en RRDec., vol. CI, p. 179: «Simulat, qui verba consensus externe proferens vel apta signa ad illud significandum adhibet, vel non contrahenti, vel non sese obligandi voluntatem habet, vel aliquos fines vel essentialem aliquam proprietatem positivo voluntatis actu excludit. Quia matrimonium solo consensu perficitur, qui est actus voluntatis animo elicitus, qui externe consensum exprimit, sed animo non consentit, invalide contrahit»; c. BOTTONE, Romana, 6 de julio de 2010, n. 5., en RRDec., vol. CII, p. 279: «Simulat, enim, qui verba consensus externe proferens vel signa consensus significantia exhibens, vel non contrahendi, vel non sese obligandi voluntatem habet, vel aliquem finem vel proprietatem essentialem excludit. Primo in casu contrahens matrimonium non vult, in altero matrimonium quidem vult sed aliquo essentiali elemento orbato. Exitus, tamen idem est, nempe nullitas matrimonii»; c. SABLE, Messanen.-Liparen.-Sanctae Luciae, 13 de diciembre de 2016, n. 2, en RRDec., vol. CVIII, p. 335: «Matrimonium perficitur solo consensu, qui est actus voluntatis animo elicitus, ita ut qui externe consensum exprimit sed animo non consentit, invalide contrahat».

En la simulación el sujeto manifiesta externamente lo que internamente rechaza y niega⁸. La simulación implica, como decíamos, una intención bien definida, un *acto positivo de la voluntad*, del que trataremos con más detalle a continuación, que sustituye la voluntad verdaderamente matrimonial, de modo que se falsifica el signo nupcial.

Como explica P. J. Viladrich, todo consentimiento simulado consta de los siguientes cuatro elementos esenciales «En primer lugar, toda intención simulatoria se sostiene sobre su propia voluntariedad. Es decir, es un acto que origina voluntariamente el sujeto, por sí mismo y con conocimiento suficiente de su fin. Se trata de un acto voluntario, al que no determinan sus motivaciones, ni siquiera el error, aunque éstas pueden hacerlo explicable o “verosímil” principalmente a efectos de prueba. En este sentido, la simulación se sustenta en un propio *actus positivus voluntatis* libre y consciente. En segundo lugar, la intención simulatoria implica un falseamiento voluntario y objetivo del verdadero contenido conyugal del signo nupcial, en cuanto manifestación del *animus vere maritalis*: la simulación es la voluntaria falta de verdad matrimonial objetiva del signo nupcial. En tercer lugar, la voluntad simulatoria es una voluntad suplantadora, esto es, conlleva una específica sustitución de la verdadera voluntad de conyugarse. *Voluntariedad, falseamiento y suplantación* son los tres elementos característicos del consentimiento simulado. A estos tres elementos hay que añadir un cuarto, a saber, la intención simulatoria ha de ser *susceptible de prueba* en el fuero externo, para superar la presunción de concordancia entre el signo nupcial externo y el consentimiento interno de las partes. Bajo esta perspectiva, el adjetivo “positivus” del acto de voluntad excluyente significa también acto de voluntad capaz de ser probado, esto es, susceptible de que se reconozca su existencia con certeza moral para el orden jurídico intersubjetivo o externo (*vide infra*: n. 13)»⁹.

Encontramos estas ideas en la sentencia c. Yaacoub del 28 de octubre de 2009¹⁰, que se repite en la del mismo ponente del 17 de marzo de 2010¹¹. En el caso concreto de la exclusión de la prole, objeto de nuestro estudio, el simulante acude a la ceremonia nupcial porque quiere una relación *aparentemente*

⁸ Cfr. c. VACCAROTTO, Platien., 25 de octubre de 2012, n. 8, en RRDec., vol. CIV, p. 283: «Simulatio habetur cum subiectus externe manifestat id quod interne totis suis viribus respuit et negat».

⁹ VILADRICH, PEDRO JUAN, *Sub can. 1101*, en MARZOA, ÁNGEL – MIRAS, JORGE – RODRÍGUEZ-OCAÑA, RAFAEL (Eds.), *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*, EUNSA, Pamplona, 1996, vol. III/2, pp. 1333-1334.

¹⁰ Cfr. c. YAACOUB, Civitatis Castelli, 28 de octubre de 2009, n. 6, en RRDec., vol. CI, p. 285: «Simulatio est discordia inter declarationem voluntatis et internam voluntatem. Simulatio consistit in positivo actu voluntatis, quo nupturiens excludit matrimonium ipsum, vel matrimonii essentielle aliquod elementum vel essentielle aliquam proprietatem. Qui totaliter simulat, ipse nullum vult contrahere matrimonium, qui excludit aliquod bonum, vult contrahere sed intendit matrimonium utpote a se conceptum. Simulatio per positivum actum voluntatis in foro iudiciali probari debet».

¹¹ Cfr. c. YAACOUB, Clavaren., 17 de marzo de 2010, n. 10, en RRDec., vol. CII, p. 96.

matrimonial, pero que no es tal en realidad, ya que está despojada de la apertura a la prole que lleva consigo la donación y aceptación del otro en cuanto cónyuge y, por tanto, en su potencial paternidad o maternidad. Con palabras de la c. Caberletti del 17 de diciembre de 2004, recientemente mencionada, no se quiere un matrimonio, sino un simulacro de tal o un pseudo-matrimonio¹². Emplea esa misma expresión la c. Ferreira Pena del 1 de octubre de 2004, que se recoge después en otra decisión del mismo ponente del 14 de julio de 2016, ya que, señala el ponente, una relación que no esté ordenada al bien de los cónyuges o abierta a la vida, o que no sea única y fiel, o que sea disoluble, no es matrimonio sino pseudo-matrimonio¹³.

En estos casos, el signo nupcial se vacía de su contenido, pues el simulante es consciente de que desea algo diverso de lo que declara¹⁴. Se quiere sólo el signo nupcial, pero sin la unión conyugal que significa, por lo que no se contrae válidamente matrimonio¹⁵. «*Quien sólo quiere la ceremonia nupcial con el fin de conseguir –gracias a la apariencia jurídica y social que crea– el acceso carnal al otro cónyuge, las riquezas o posición social, o cualquier otro interés y beneficio propio, sin tener voluntad interior de darse y aceptar al otro en verdad, en consorcio de toda la vida ordenado al bien conyugal y a la procreación y educación de la prole, no contrae matrimonio válido, porque celebra una ceremonia nupcial carente de verdad conyugal. El pacto conyugal ha de ser, pues, verdadero, en cuanto debe ser signo al exterior de la existencia real en el ánimo interno de cada contrayente de la voluntad de conyugarse (animus vere maritalis, intentio contrahendi); si el pacto, en cuanto signo manifestativo, está vacío de voluntad interna, es nulo. De otro lado, la voluntad interna ha de*

¹² Cfr. c. CABERLETTI, Tiburtina, 17 de diciembre de 2004, n. 5, cit., p. 896: «Ex simulatione sic dicta partiali, (...) matrimonium oriri nequit, sed solummodo simulacrum coniugii vel pseudo-matrimonium».

¹³ Cfr. c. FERREIRA PENA, Pragen., 1 de octubre de 2004, n. 7, en RRDec., vol. XCVI, p. 558 y c. FERREIRA PENA, Romana, 14 de julio de 2016, n. 6, en RRDec., vol. CVIII, p. 222: «Relatio non ordinata ad bonum coniugum, non aperta ad vitam, non unica et fidelis, non inseparabilis, non est matrimonium sed pseudo-matrimonium».

¹⁴ Cfr. VILADRICH, PEDRO JUAN, *Simulación en el consentimiento matrimonial*, en OTADUY, JAVIER – VIANA, ANTONIO – SEDANO, JOAQUÍN (Eds.), *Diccionario General de Derecho Canónico*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2012, vol. VII, p. 327: «La ceremonia nupcial, en cuanto manifestación pública del consentimiento, es un fenómeno de comunicación. Como tal, puede ser falseada si el contrayente aparenta una voluntad matrimonial que en realidad no existe o bien no quiere instaurar completa toda la esencia de la unión conyugal. La falta de verdad matrimonial en el consentimiento que se manifiesta en el signo nupcial, es el denominador común de la variedad de supuestos de hecho que disciplina el c. 1101 § 2 del CIC de 1983 (...). Son estos supuestos los que suelen engoblarse bajo el término *simulación*, que goza de una tradición multiseccular entre los juristas porque denota un elemento esencial del contrayente falsario: la voluntaria pretensión de aparentar lo que no es. (...) El signo externo, por sí solo, vacío de contenido, no es nada y carece de poder eficiente real».

¹⁵ Cfr. c. SABLE, Meliten., 17 de diciembre de 2004, n. 4, en RRDec., vol. XCVI, p. 940: «Ita, qui contra verba prolata vel signa adhibita in consensu matrimoniali praestando, positivo voluntatis actu excludit bonum prolis, seu denegat ius ad coniugalem actum per se aptum ad prolis generationem, invalide contrahit».

querer donar y aceptar íntegramente la estructura esencial del matrimonio: el consorcio único de toda la vida ordenado al bien conyugal y a la procreación y educación de los hijos. Este contenido esencial responde a la verdad del contenido de la complementariedad conyugal entre varón y mujer. Y este mismo contenido natural es el que, entre bautizados, está sobreelevado al orden sobrenatural de la gracia y la redención cristiana. Por lo tanto, si la voluntad interna, que el signo nupcial manifiesta al exterior, no incluye de modo positivo todo el contenido esencial del matrimonio (su vínculo uno e indisoluble y su recta orientación a los fines matrimoniales), en tal caso también ese pacto conyugal, pese a su apariencia, falsifica la verdad del matrimonio y resulta por ello un signo nupcial falso y, en consecuencia, nulo»¹⁶.

En las sentencias de la Rota Romana por exclusión del *bonum prolis*, se expone con claridad esta doctrina. El matrimonio está ordenado por su propia índole natural a la generación y educación de la prole, por lo que, quien excluyera esa ordenación con un acto positivo de la voluntad en el momento de manifestar el consentimiento, contraería inválidamente¹⁷. Aunque son muchas las decisiones que recogen expresiones semejantes entre las publicadas que se han decidido por exclusión del *bonum prolis*, son pocas las que se detienen a considerar la simulación en general, ya que habitualmente se centran en los aspectos relacionados con las cuestiones concretas que se someten a su juicio. Sin embargo, en la c. Sable del 9 de junio de 2004¹⁸ se ofrece un interesante análisis del fenómeno simulatorio, partiendo del tratamiento que realiza de esta cuestión el Código de Derecho Canónico actual. Su argumentación parte del consentimiento de los contrayentes, causa eficiente del matrimonio. El vínculo nace cuando las partes manifiestan el consentimiento en el momento de la ceremonia nupcial de manera válida, es decir, sin que haya diversidad entre las palabras referidas externamente y el pensamiento presente internamente¹⁹, aunque sería más preciso hablar de voluntad que de pensamiento. De igual manera que el matrimonio nace por el consentimiento de las partes,

¹⁶ VILADRICH, PEDRO JUAN, *Simulación en el consentimiento matrimonial*, en OTADUY, JAVIER – VIANA, ANTONIO – SEDANO, JOAQUÍN (Eds.), *Diccionario General de Derecho Canónico*, cit., vol. VII, p. 328.

¹⁷ Para evitar repeticiones, no recogemos ahora las decisiones en las que aparecen mencionadas estas ideas, pues son muy numerosas y compartidas unánimemente, tanto por la jurisprudencia como por la doctrina. Lo haremos más adelante, al tratar sobre el contenido de la expresión *exclusión de la prole*, en el apartado 2.1. de este trabajo, deteniéndonos entonces en algunas expresiones que, a nuestro modo de ver, merecen una explicación particular. También citaremos numerosos textos jurisprudenciales en los que se reflejan estas ideas en las dos secciones del siguiente apartado, al estudiar el acto positivo de la voluntad.

¹⁸ Cfr. c. SABLE, Assisien.-Nucerina-Tadinen., 9 de junio de 2004, n. 4, en RRDec., vol. XCVI, p. 371.

¹⁹ Cfr. IBID.: «Uti supra dictum est consensus est unica causa efficiens matrimonii, sed matrimonialis contractus enasci ac realitatem iuridicam seu effectum iuridicum consequi potest si partes, momento celebrationis matrimonii, validum consensum praestent scilicet, in ipso momento, nulla difformitas inter verba exterius manifestata ac internam cogitationem adsit».

consentimiento que ningún poder humano puede suplir²⁰, tampoco cabría reemplazarlo cuando no hubiera conformidad entre las palabras manifestadas y la intención real de uno o ambos contrayentes, por lo que el consentimiento otorgado de esa manera sería inválido, como se recuerda también en la c. Defilippi del 17 de junio de 2004: no se trataría de un consentimiento verdaderamente matrimonial²¹. La conformidad entre las palabras y los signos empleados en la celebración del matrimonio y el consentimiento interno de la voluntad se presume, continúa la c. Sable, de acuerdo con lo que señala el c. 1101 § 1. Pero el legislador no descarta que pueda existir una discrepancia entre ambos, y por eso recoge en el § 2 de ese mismo canon los casos en los que esa diversidad llevaría a celebrar el matrimonio inválidamente: cuando se excluya con un acto positivo de la voluntad el mismo matrimonio, o alguno de sus elementos o propiedades esenciales²². El ponente concluye su razonamiento con unas palabras del *Tractatus canonicus de matrimonio*, de P. Gasparri: se verifica la simulación cuando el contrayente expresa el consentimiento externamente con palabras y lo profiere debidamente, de acuerdo con los ritos y costumbres religiosas, pero internamente no tiene ese consentimiento²³.

En la c. Pinto del 15 de junio de 2007 se sientan estos mismos principios como doctrina jurisprudencial comúnmente admitida: la exclusión del bien de la prole se da cuando no existe conformidad entre el ánimo interno de quien lo otorga y su manifestación externa con signos o palabras en el momento del consentimiento. Es decir, el contrayente expresa su voluntad de casarse, de darse y aceptar al otro como cónyuge, pero internamente rechaza la potencial paternidad o maternidad inherentes a la conyugalidad. La correspondencia entre lo que se manifiesta y lo que se quiere se presume; pero cabe probar lo contrario, si se demuestra que se ha dado un acto positivo de la voluntad de

²⁰ *Codex Iuris Canonici*, c. 1057 § 1: «Matrimonium facit partium consensus inter personas iure habiles legitime manifestatus, qui nulla humana potestate suppleri valet».

²¹ Cfr. c. DEFILIPPI, Albinganen.-Imperiae, 17 de junio de 2004, n. 5, cit., p. 429: «Attamen, si in aliquo casu consensus nuptialis, qui utpote unica et absolute necessaria causa efficiens matrimonii nulla humana potestate suppleri valet, reapse deficiens sit, idem Supremus Legislator canonicus congruenter et necessarie statuit quoque: "At si alterutra vel utraque pars positivo voluntatis actu excludat matrimonium ipsum vel matrimonii essentiale aliquod elementum, vel essentialem aliquam proprietatem, invalide contrahit" (can. 1101, § 2)».

²² Cfr. c. SABLE, Assisien.-Nucerina-Tadinen., 9 de junio de 2004, n. 4, cit., p. 371: «Nam Codex conformitatem verbis vel signis in ineundis nuptis adhibitis praesumit (can. 1101, § 1) sed non excluditur discrepantia inter verba externa prolata et voluntatem internam. Paragraphus secunda citati canonis ita sonat: "At si alterutra vel utraque pars positivo voluntatis actu excludat matrimonium ipsum vel matrimonii essentiale aliquod elementum, vel essentialem aliquam proprietatem, invalide contrahit"».

²³ Cfr. *IBID.*: «Canon, uti patet, simulationem sive totalem seu absolutam sive partialem sua propria disciplina regit. Notum est quod: "Fictio seu simulatio consensus matrimonialis tunc verificatur, quando contrahens externe quidem verba consensum exprimentia serio et rite profert, sed interne illum non habet" (P. Gasparri, *Tractatus canonicus de matrimonio*, vol. II, In Civitate Vaticana 1932, p. 36, n. 814)».

exclusión del mismo derecho a la generación de la prole²⁴. Podemos leer estas mismas ideas en la c. Verginelli del 23 de mayo de 2008²⁵, en la c. Bottone del 30 de junio de 2009 y en la c. Bartolacci del 15 de octubre de 2014, que señalan además expresamente que la carga de la prueba recae en quien defiende la nulidad del matrimonio²⁶.

Como decíamos, la mayoría de las sentencias no se detienen en el estudio general de la simulación, ya que, entre otras cosas, no forma parte de la tarea que es propia de los jueces. Sin embargo, es raro encontrar alguna decisión en la que no se haga referencia expresa al *acto positivo de la voluntad*, que ya hemos mencionado un poco más arriba, como elemento fundamental del consentimiento simulado. Por este motivo, merece la pena ponderar las explicaciones y razonamientos que las sentencias rotales han hecho de esta cuestión, que ayudará a perfilar el sentido y el alcance que la jurisprudencia otorga a dicho acto para que pueda configurar la simulación. Lo haremos a la luz de las decisiones sobre la exclusión del bien de la prole, como nos hemos propuesto en este trabajo.

1.2. EL SENTIDO DE LA EXPRESIÓN ACTO POSITIVO DE LA VOLUNTAD

El Código de Derecho Canónico recoge esta expresión en el c. 1101 § 2²⁷. El legislador, al definir la exclusión, afirma que debe ser hecha mediante un acto de esas características, que sea expresión de la existencia de una voluntad determinada contraria al mismo matrimonio –en el caso de la exclusión

²⁴ Cfr. c. PINTO, Bratislaviensis-Tyrnavien., 15 de junio de 2007, n. 3, en RRDec., vol. XCIX, p. 215: «Jurisprudencia N. F. constanter docuit quomodo in capitis boni prolis provincia conformitatem interni animi consensus (cf. can. 1101, § 1) cum eius externa manifestationis signis seu verbis cohaerere debet, ad iuris praesumptionem destruendam (cf. can. 1060). Idcirco non existit consensus ideoque ruit matrimonium, si positivo voluntatis actu ius ipsum ad prolis generationem excluditur ab utraque vel alterutra parte».

²⁵ Cfr. c. VERGINELLI, Neapolitana, 23 de mayo de 2008, n. 6, en RRDec., vol. C, pp. 173-174: «hic consensus animi internus praesupponitur conformis verbis vel signis adhibitis in celebrando coniugio (cann. 1096 et 1101). Quando, igitur, hae regulae canonicae fucantur vinculum indefectibile atque perpetuum vitatur, potissimum “si alterutra vel utraque pars positivo voluntatis actu excludat matrimonium ipsum vel matrimonii essentiale aliquod elementum, vel essentialiam aliquam proprietatem, invalide contrahit” (can. 1101, n 2 CIC)».

²⁶ Cfr. c. BOTTONE, Taurinen., 30 de junio de 2009, n. 5, cit., p. 179: «Matrimonium, tamen, est contractus praesumptionibus munitus et adversus simulationem militat praesumptio can. 1101, § 1: “Internus animi consensus semper praesumitur conformis verbis vel signis in celebrando matrimonio adhibitis”. Ratio est quia nemo existimandus est dixisse, quod mente non agitaverit. Ideo, cum constet de celebratione matrimonii rite peracta, tenendum est contrahentem verum et validum matrimonium iniisse, donec contrarium probetur. Onus probandi competit ei qui de nullitate matrimonium accusat»; c. BARTOLACCI, Arborens., 15 de octubre de 2014, n. 6, en RRDec., vol. CVI, p. 296: «Cum internus animi consensus ex iuris praesumptione conformis habeatur verbis in celebrando matrimonio adhibitis (cf. can. 1101, § 1), qui in processu nullitatis sui matrimonii item verbis prolatis contrarium ostentat, ipse existentiam positivi voluntatis actus, haec essentialia matrimonii bona excludentis, invicte probare debet».

²⁷ Cfr. *Codex Iuris Canonici*, c. 1101 § 2.

total-, o a uno de sus elementos o propiedades esenciales –en los casos de exclusión parcial-, y que se dé en uno o en ambos contrayentes en el momento del consentimiento. «El acto de exclusión ha de ser un *acto positivo de la voluntad*, una *decisión* precisa (no una idea, una disposición difusa, una desgana, etc.) de *no vincularse en aquello que se excluye*»²⁸.

Se ratifica de esta manera la tradición canónica según la cual la ceremonia nupcial, en cuanto signo externo, no es la causante del vínculo conyugal entre los esposos, sino que el poder real de unir en matrimonio reside en la interna y verdadera voluntad de conyugarse de cada uno de los contrayentes; voluntad que es distinta de los afectos, motivaciones o impulsos que han podido mover al sujeto a generarla, y que ha de concretarse en palabras o signos equivalentes que la manifiesten de manera inequívoca entre los contrayentes, y ante los testigos que exige la forma canónica para ser recibida por la Iglesia²⁹. Como explica P. J. Viladrich, «la manifestación del consentimiento entre los contrayentes no es la simple exteriorización de un consentimiento ya existente, sino la confección misma, en términos sensibles, del propio consentimiento, como unidad consensual, desde la fusión de dos voluntades internas, diversas y complementarias. Este proceso de fusión, sin el cual no habría causa eficiente porque cada voluntad, por separado y aislada, es irrelevante, acontece en la llamada “manifestación” del consentimiento, la cual, con todo rigor, constituye su primera, única e irreplicable epifanía»³⁰. En definitiva, el consentimiento conlleva la exteriorización en el momento de la ceremonia nupcial de la voluntad interna de los contrayentes de darse y aceptarse como cónyuges. Por lo tanto, si entonces hubiera una discordancia entre la voluntad interna y su manifestación en el signo nupcial, no se originaría ningún vínculo conyugal³¹. Como señala ese mismo autor, «el matrimonio no es sin *el acto que lo funda*. Es decir, el matrimonio es válido, ante todo, si su existencia es voluntariamente autobiográfica, causalmente referible a un acto singular fundante de los esposos, inédito en su pasado e irreplicable en su futuro, un libre acto recíproco de constitución de la co-identidad de esposos aquí y ahora. En esto consiste el consentimiento o matrimonio *in fieri*. Y ésta es la razón del principio según el cual no puede haber matrimonio sin consentimiento matrimonial»³².

En consecuencia, el trabajo de los jueces a la hora de valorar la validez

²⁸ CENALMOR, DANIEL – MIRAS, JORGE, *El Derecho de la Iglesia. Curso básico de Derecho canónico*, Pamplona, 2004, p. 464.

²⁹ *Codex Iuris Canonici*, c. 1108 § 1: «Ea tantum matrimonia valida sunt, quae contrahuntur coram loci Ordinario aut paroco aut sacerdote vel diacono ab alterutro delegato qui assistant, necnon coram duobus testibus, secundum tamen regulas expressas in canonibus qui sequuntur, et salvis exceptionibus de quibus in cann. 144, 1112, § 1, 1116 et 1127, §§ 2-3».

³⁰ VILADRICH, PEDRO JUAN, *El consentimiento matrimonial. Técnicas de calificación y exégesis de las causas canónicas de nulidad* (cc. 1095 a 1107 CIC), EUNSA, Pamplona, 1998, p. 346.

³¹ Cfr. *Codex Iuris Canonici*, c. 1057 § 1.

³² VILADRICH, PEDRO JUAN, *El consentimiento matrimonial. Técnicas de calificación y exégesis de las causas canónicas de nulidad* (cc. 1095 a 1107 CIC), cit., p. 30.

o nulidad de un matrimonio consiste en determinar la veracidad o falsedad de la expresión por parte de los cónyuges de la voluntad de donarse y aceptarse mutuamente en el momento del consentimiento, que alcanza tanto al mismo matrimonio, como a sus elementos y propiedades esenciales. Y, como se presume la sinceridad de la manifestación del consentimiento³³, el legislador demanda que se pruebe la existencia de ese *acto positivo de la voluntad*, para que pueda hablarse de simulación.

Pero esta expresión del c. 1101 § 2 admite diversas interpretaciones, como se observa en la jurisprudencia de estos años, y pensamos que es preciso aclarar bien su sentido. Como anunciábamos previamente, lo haremos tomando pie de las argumentaciones que se han dado en las sentencias de la Rota Romana planteadas por el capítulo de nulidad de exclusión del *bonum prolis*.

Las decisiones rotales coinciden en afirmar de un modo u otro que, para que se dé la exclusión del bien de la prole, ha de existir una voluntad determinada contraria al matrimonio mismo o a los derechos y deberes conyugales. Así, en algunas sentencias se deja claro que no puede haber matrimonio si hubiera una voluntad de excluir uno de los elementos o propiedades esenciales del matrimonio por parte de uno o ambos contrayentes³⁴, o si se excluyera la intención de engendrar prole³⁵. De igual modo, el consentimiento no sería válido si, al otorgarlo, no se quisiera entregar o aceptar el derecho a los actos de por sí adecuados para la generación de los hijos³⁶, ya que la procrea-

³³ *Codex Iuris Canonici*, c. 1101 § 1: «Internus animi consensus praesumitur conformis verbis vel signis in celebrando matrimonio adhibitis».

³⁴ Cfr. c. DE JORIO, Januen., 22 de febrero de 1984, n. 3, en RRDec., vol. LXXVI, p. 109: «Proles est unum ex boni essentialibus matrimonii, ideoque nupturiens nequit illam positive excludere suo e consensu ut obtineat, ceteris intercedentibus, validum matrimonium»; c. DEFILIPPI, Albiganen.-Imperiae, 17 de junio de 2004, n. 6, cit., pp. 429-430: «Ex relato can. 1101, § 2, simulatio partialis consensus tunc habetur, quando exclusio alicuius elementi essentialis vel proprietatis essentialis ingreditur in efficaciter circumscribendo ipso obiecto consensus coniugalis, ita ut hic feratur in obiectum substantialiter corruptum. Scilicet, sicut nobis memoravit Summus Pontifex: “la tradizione canonistica e la giurisprudenza rotale, per affermare la esclusione di una proprietà essenziale o la negazione di un’essenziale finalità del matrimonio, hanno sempre richiesto che queste avvengano con un positivo atto di volontà” (Allocutio ad Rotam Romanam, diei 21 ianuarii 2000, AAS 92 (2000), p. 352, n. 4)».

³⁵ Cfr. c. CABERLETTI, Mediolanen., 23 de julio de 1999, n. 6, en RRDec., vol. XCI, p. 585: «Qui, igitur, in ipso consensu praestando positivo voluntatis actu excluserit intentionem generandi prolem, invalide contrahit».

³⁶ Cfr. c. DI FELICE, Romana, 15 de noviembre de 1986, n. 3, en RRDec., vol. LXXVIII, p. 635: «Exclusio iuris ad actus coniugales per se aptos ad prolis generationem est revera exclusio boni prolis et ad essentiam matrimonialis contractus pertinet; unde qui positivo voluntatis actu huiusmodi exclusionem ponit invalide contrahit»; c. BOCCAFOLO, Loiden., 11 de junio de 1992, n. 5, en RRDec., vol. LXXXIV, p. 346: «Qui sexuales relationes post matrimonium habere intendit sed, positivo voluntatis actu quamlibet generationis possibilitatem excludit, ius coniugi non tradit ad actus, qui, per se, apti sint ad generationem»; c. BRUNO, Romana, 28 de mayo de 1993, n. 3, en RRDec., vol. LXXXV, p. 426: «Exinde si actu positi-

ción y educación de los hijos constituye uno de los fines del matrimonio³⁷. Pero, para que el matrimonio sea nulo, la exclusión ha de ser perpetua, y no simplemente temporal³⁸.

Otras decisiones insisten en que es preciso que exista una clara voluntariedad en la simulación por parte de uno o ambos contrayentes³⁹, no una

vo voluntatis, explicito vel implicito, ius illud [ad petendi ac exigendi naturales copulas completas] excluditur, matrimonium existere non potest, quia elementum eius essenziale pessum datur (cf. can. 1086, § 1 V.C.; can. 1101 N.C.); c. SABLE, Meliten., 17 de diciembre de 2004, n. 4, cit., pp. 939-940: «qui excludit ius ad actum “per se aptum ad prolis generationem, ad quem natura sua ordinatur matrimonium, et quo coniuges fiunt una caro” (can. 1061, § 1), positivo voluntatis actu, invalide contrahit ex expressa dictione can. 1101, § 2»; c. PINTO, Bratislaven.-Tyrnavien., 15 de junio de 2007, nn. 3 y 4, cit., pp. 215-216: «Idcirco non existit consensus ideoque ruit matrimonium, si positivo voluntatis actu ius ipsum ad prolis generationem excluditur ab utraque vel alterutra parte».

³⁷ Cfr. c. FUNGHINI, Friburgen., 17 de febrero de 1988, n. 2, en RRDec., vol. LXXX, p. 107: «Cum matrimonium natura sua ad prolem ordinetur, immo illius “finis primarius est procreatio et educatio prolis” (can. 1013, § 1), invalide contrahit qui positivo voluntatis actu omne ius ad coniugalem actum excludit (can. 1086, § 2)» (sorprende que, tratándose de una sentencia de 1988, se cite todavía el Código de 1917, en lugar de hacer referencia a los cánones del Código de 1983; como tendremos ocasión de comentar en el segundo capítulo de este trabajo, no es un caso aislado en la jurisprudencia posterior a la entrada en vigor del Código de 1983, que se resiste a abandonar las categorías y modos de argumentar del antiguo Código); c. YAA-COUB, Arretina-Cortonen.-Biturgen., 26 de noviembre de 2008, nn. 5 y 7, en RRDec., vol. C, p. 360: «Cum finis primarius matrimonii sit procreatio et educatio prolis qui ius ad prolem per actum positivum voluntatis suae e consensu excludit invalide contrahit. (...) Invalidum est matrimonium si actu positivo voluntatis ius ad prolem excluditur. (...) Non quaecumque prolis refutatio consensum vitiat, sed illa dumtaxat quae ius ad actus per se aptos ad prolis generationem attingit et quidem positivo voluntatis actu».

³⁸ Cfr. c. VERGINELLI, Florentina, 15 de diciembre de 2005, n. 6, cit., p. 620: «Actus positivus excludens elementum est necessarius et intellegitur in perpetuum (...). Quando elementum essenziale matrimonii *proles* e quodam contrahente excluditur momento prolotionis consensus, dumtaxat exclusio sobolis in perpetuum quidem absolute vitiat ipsum consensum secus, id est si exclusio fit ad tempus, nuptiae valent».

³⁹ Cfr. c. HUBER, Faventina-Mutinen., 27 de octubre de 1999, n. 4, en RRDec., vol. XCI, p. 628: «Positivum voluntatis actum requirant ad exclusionem constituendam»; c. BOTTONE, Arciben., 11 de marzo de 2004, n. 6, en RRDec., vol. XCVI, p. 200: «Constans et communis iurisprudencia rotalis firmiter tenet dari non posse simulationem seu exclusionem alicuius matrimonii essentialis elementi vel essentialis proprietatis, nisi a contrahente positivo voluntatis actu perficiatur (can. 1101, § 2; can. 1086, § 2 CIC 1917). (...) Voluntarium positivum, quo simulatio perficitur, procedit a voluntate directe, tamquam ab agente. Non sufficit simplex volitio, sed requiritur intentio, per quam voluntas directe fertur in obiectum postquam intellectus illud voluntati proponit»; c. CABERLETTI, Tiburtina, 17 de diciembre de 2004, n. 5, cit., p. 896: «Actus positivus voluntatis essentialiam quidem simulationis constituit, quia subiectum effectum suipsius actionis gignere haud valet nisi per voluntatis operationem»; c. SERRANO RUIZ, Meliten., 28 de julio de 2006, n. 4, en RRDec., vol. XCVIII, p. 282: «exclusio requirant actum positivum, inde deliberatum, voluntatis»; c. BOTTONE, Mediolanen., 28 de enero de 2011, n. 5, en RRDec., vol. CIII, p. 24: «Actus voluntatis, quo nupturiens statuit vel ipsum matrimonium, vel quandam eiusdem proprietatem vel finem excludere, aliquid positivum esse debet, a determinata voluntate procedens, non sufficit mera intentionis absentia vel simplex defectus consensus».

mera ausencia de intención⁴⁰, y que la exclusión se dé en el momento del consentimiento⁴¹. Y la c. Yaacoub del 28 de octubre de 2009 recoge la necesidad de que la simulación pueda ser probada en el foro judicial, recordando así el último de los cuatro elementos esenciales de la simulación que recogíamos en el apartado anterior⁴².

Ha de darse una decisión precisa, como decíamos, de no vincularse en aquello que se excluye. Ha de existir un propósito firme, deliberado y concreto, previo al momento del consentimiento y esencialmente conectado con él⁴³. Por lo tanto, no son relevantes los meros deseos, opiniones, interpretaciones,

⁴⁰ Cfr. c. MONIER, *SS.Mae Trinitatis Caven.*, 8 de abril de 2016, n. 3, cit., p. 89: «Actus voluntatis de quo agitur positivus esse debet, non in mera intentionis absentia consistens, sed procedens a determinata voluntate».

⁴¹ Cfr. c. ALWAN, *Galvestonien.-Houstonien.*, 11 de mayo de 2004, n. 12, en *RRDec.*, vol. *XCVI*, p. 291: «Iuris vel procreationis neglegentia, plures ob rationes, perdurante consortio coniugali, haud urget necessario iuris exclusionem, utpote eadem, iuxta can. 1101, § 2, requirit excludendi positivam voluntatem cum vera atque selecta intentione»; c. FERREIRA PENA, *Pragen.*, 1 de octubre de 2004, n. 7, cit., pp. 558-559: «Hi fines et notae essentialia [matrimonii], qui praesentes esse debent in nubentis discretione in eiusque capacitate assumptiva tempore nuptiarum, eodem tempore inesse debent eius intentioni saltem generali, hoc sensu, quod a consentiente nullus eorum est positiva voluntate reiiciendus, sub poena nullitatis coniugii. (...) Inter notas essentialia, quarum positiva exclusio foedus nuptiale invalidat, est eius ordinatio ad prolem suscipiendam et educandam, quae finem matrimonii aequè primarium ac bono ipsorum coniugum constituit (cf. can. 1055)»; c. BOTTONE, *Taurinen.*, 4 de mayo de 2005, n. 9, en *RRDec.*, vol. *XCVII*, p. 218: «Qui, ergo, positivo voluntatis actu, prolis generationem e matrimonio in perpetuum excludit, validum matrimonium contrahere nequit»; c. BOTTONE, *Neapolitana*, 13 de octubre de 2005, n. 6, en *RRDec.*, vol. *XCVII*, p. 509: «Semper verum manet quod invalide contrahit qui, in consensus praestando, intentionem generandi excludit, positivo actu voluntatis, ita absolutae et praevaletis, ut non nisi destitutum filiis matrimonium inire intendat»; c. FERREIRA PENA, *Romana*, 14 de julio de 2016, n. 6, cit., p. 222: se copian las palabras de la sentencia del mismo ponente del 1 de octubre de 2004 que recogemos en esta nota.

⁴² Cfr. c. YAACOUB, *Civitatis Castelli*, 28 de octubre de 2009, n. 6, cit., p. 285: «Simulatio consistit in positivo actu voluntatis, quo nupturiens excludit matrimonium ipsum, vel matrimonii essentialia aliquod elementum vel essentialia aliquam proprietatem. (...) Simulatio per positivum actum voluntatis in foro iudiciali probari debet».

⁴³ Cfr. c. VACCAROTTO, *Amalphantana-Caven.*, 22 de enero de 2015, n. 7, en *RRDec.*, vol. *CVII*, p. 11: «His praemissis praetermitti nequit id quod ius requirit expressis verbis, actum voluntatis nempe ornari debere “firmo, deliberato et concreto proposito, praevis mente concepto, et cum consensu matrimoniali essentialiter connexo, ineundi connubium dissolvendum, vel saltem dissolubile [...]». *Necessitas actus voluntatis, insuper, tanta est ut simplici animi dispositione, seu inclinatione, subrogari nequeat, licet dispositio et inclinatio eiusmodi, si circumstantia excitans intercedat, possit quadam facilitate in actum transire” (coram Fiore, sent. diei 16 iulii 1966, RRDec., vol. *LVIII*, p. 594, n. 3)».*

disposiciones difusas, etc.⁴⁴, así como tampoco las meras previsiones⁴⁵. Estos

⁴⁴ Cfr. c. DE JORIO, Januen., 22 de febrero de 1984, n. 3, cit., p. 109: «Actus positivus voluntatis secumfert de exclusione prolis cogitatum fuisse a nupturiente et animo ante nuptias reiectam fuisse ab illo coniugio. Opinio, inclinatio, voluntas interpretativa haud efficiunt voluntatem positivam exclusionis boni prolis»; c. GIANNECCHINI, Romana, 11 de diciembre de 1984, n. 2, en RRDec., vol. LXXVI, p. 613: «Determinatio voluntatis, quae totaliter differt a velleitate, ab intentione interpretativa et habituali, a sermonibus iocose aut iuxta morem nostri temporis vel loci prolatis, implicat conscientiam agentis, quae non invenitur in verbis generalioribus aut sine causa proportionate gravi prolatis»; c. COLAGIOVANNI, Romana, 28 de abril de 1992, n. 13, en RRDec., vol. LXXXIV, p. 197 (aparece este mismo texto en la c. FERREIRA PENA, Romana, 3 de diciembre de 2004, n. 8, en RRDec., vol. XCVI, pp. 836-837): «quoad caput exclusionis boni prolis nihil immutatum est. “Come nella legislazione precedente, permangono anche nell’attuale, la necessità di un atto positivo di volontà, al di là di una velleità interpretativa o di un passeggero dubbio o del proposito di non osservare gli impegni realmente presi” (I. M. Serrano, *Commento al Codice di Diritto Canonico*, Pont. Univ. Urbaniana, ad can. 1101)»; c. GIANNECCHINI, Placentina-Bobien., 28 de marzo de 1995, n. 2, en RRDec., vol. LXXXVII, p. 242: «Absque gravi causa, simulatum actum ponere eo vel magis quod ad simulationem vel partialem patrandam necesse est ut vera contraria voluntas, seu per actum positivum voluntatis manifestata, quae revera circumscribat consensus obiectum et consequenter matrimonium irritum reddat. Quem effectum autem non obtinet intentiones habituales et eo vel magis interpretativae, quae voluntatem non determinant, item desideria, velleitates, animi suasiones, errores et alia huiusmodi contra bona matrimonii militantia»; c. FERREIRA PENA, Conimbricen., 9 de junio de 2006, n. 9, cit., p. 198: «Cum actu positivo voluntatis non sunt confundendi velleitates, tendentiae, opiniones, animi formidines, timores vel diffidentia, nec denique merus incensi amoris in partem defectus»; c. BOTTONE, Tarvisina, 8 de marzo de 2012, n. 3, en RRDec., vol. CIV, p. 43: «Iurisprudentia Rotae Romanae constanter tenuit actum voluntatis, quo nupturiens statuit vel ipsum matrimonium vel proprietates essentielles denegare, aliquid positivum esse debere, a determinata persona procedens, neque in mera intentionis absentia vel simplici consensus defectu consistens»; c. ERLEBACH, Messanen.-Liparen.-Sanctae Luciae, 5 de junio de 2014, n. 7, en RRDec., vol. CVI, p. 180: «Consensum non irritant merae opiniones bono proli contrariae, dubia vel alii huiusmodi status qui ad provinciam intellectus pertinent. Cum consensus sit actus voluntatis, ad simulationem partialem “requiritur [...] actus, scilicet voluntas operationem eligere debet, transeundo a condicionibus tantum intellectivis vel a simplicibus optatis ad concretam peculiaremque deliberationem” (coram Caberletti, sent. diei 21 martii 2001, *ibid.*, vol. XCIII, p. 223, n. 4). Aliis verbis, actus exclusionis “positivus esse debet, a voluntate determinata procedens, quin sufficiat mera intentionis absentia vel simplex consensus defectus” (coram Bottone, sent. diei 16 februarii 2000, *ibid.*, vol. XCII, p. 170, n. 11)»; c. YAACOUB, Lovicen., 24 de julio de 2014, n. 6, en RRDec., vol. CVI, p. 235: «Nullae nuptiae habentur, sive totaliter sive ex parte tantum, per positivum actum coniugis vel coniugum ad excludendum matrimonium ipsum vel aliquod essenziale elementum (cf. can. 1101, § 2) ipsius contractus in facultate volendi, saltem virtualiter nisi actuali modo: minime ergo merae ideae et opiniones, forma mentis, habituales, generica vel interpretativa voluntas, errores, praevisiones, desideria sufficiunt in agro cogitationis. Fictio seu simulatio consensus matrimonialis ergo verificatur per internam, sive implicitam sive explicitam, recusationem matrimonii vel proprietatis ipsius»; c. SABLE, Taurinen., 3 de octubre de 2014, n. 6, en RRDec., vol. CVI, p. 264: «Consequenter locus non datur actui positivo voluntatis in formis psychologicis quales sunt voluntas mere interpretativa, intentio habitualis, animi pensio et intentio exorta tempore postmatrimoniali».

⁴⁵ Cfr. c. SABLE, Assisien.-Nucerina-Tadinen., 9 de junio de 2004, n. 5, cit., pp. 371-372: «Uti pernotum est in perficienda simulatione actus positivus voluntatis oportet, sicut in una

estados mentales pueden ser los presupuestos del acto de exclusión, pueden explicarlo, pero no constituyen el acto de elección de la voluntad, que no está determinada por estos motivos, sino que puede dirigirse libremente hacia un verdadero consentimiento o hacia uno simulado⁴⁶.

La decisión c. Giannechini del 15 de febrero de 1985, que recoge después con palabras muy parecidas la c. Monier del 3 de octubre de 2014, se detiene en este particular, al comentar el adjetivo *positivo* que el legislador exige al acto por el que se simula: si la ley agrega expresamente la palabra *positiva*, señala el ponente, se trata de una distinción precisa de otros actos que no son así, y, en consecuencia, que no determinan ni mueven la voluntad, como la intención habitual, la intención interpretativa y la veleidad. Porque con la palabra *positiva* se exige un propósito efectivo que dirige y especifica la voluntad⁴⁷. También argumenta de manera semejante la c. Bartolacci del 15 de

coram Parisella legitur: “Positivum voluntatis actum exstet oportere, ex quo pateat praevalentem contrahentis voluntatem fuisse illius matrimonii proprietatis essentialis exclusionem. Qui positivus voluntatis actus idem non est ac mera praevisio, etiam cum certitudine, divertendi, nisi actui mentis accedat voluntatis actus, qua sacramenti bonum firmissimo animo, excludatur” (coram Parisella, sent., diei 20 octobris 1977, RRDec., vol. LXIX, p. 473, n. 2); c. SABLE, Meliten., 17 de diciembre de 2004, n. 6, cit., p. 942: «Ad consensum simulatum agnoscendum probat iurisprudencia in primis necessitatem actus positivi voluntatis, qui non est mera hypothesis, seu mera praevisio, nisi actui mentis accedat actus voluntatis, qua bonum prolis (aut sacramenti, aut fidei) firmissimo animo excludatur. Si lex autem actui voluntatis adiecit verbum “positivo”, hoc fecit ut apte illum distingueret ab omnibus aliis actibus, qui positivi non sunt, seu qui voluntatem non determinant, coarctant vel delimitant, uti intentiones habituales, animi dispositiones, intentiones interpretativae, velleitates, volitiones, etc. Lex exigit intentionem quae efficaciter in obiectum consensus dirigitur et ipsum specificat»; c. MONIER, Arboren., 3 de octubre de 2008, n. 12, en RRDec., vol. C, p. 260: «Uti in aliis simulationis coniecturis, lex expresse statuit necessitatem actus positivi voluntatis, qui non est mera hypothesis, vel mera praevisio. Nam distinguuntur actus qui voluntatem non determinant, uti intentio habitualis vel interpretativa, velleitas, et actus positivi qui comprehendunt efficacem intentionem in obiectum consensus et ob ipsam specificantur»; c. SABLE, Messanen.-Liparen.-Sanctae Luciae, 13 de diciembre de 2016, n. 4, cit., p. 337: «Positivus actus voluntatis confundendus haud est cum mera animi dispositione, neque cum generica intentione sese non obligandi».

⁴⁶ Cfr. ZUANAZZI, ILARIA, *La prova della simulazione del matrimonio canonico con particolare riferimento all'esclusione del bonum prolis e del bonum coniugum*, en *La prova della nullità matrimoniale secondo la giurisprudenza della Rota Romana*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2011, p. 209.

⁴⁷ Cfr. c. GIANNACCHINI, Romana, 15 de febrero de 1985, n. 2, en RRDec., vol. LXXVII, p. 66: «Si Lex autem actui voluntatis adiecit verbum “positivo”, hoc fecit ut apte illum seligeret ab omnibus aliis actibus, qui non sunt “positivi”, seu qui voluntatem non determinant, coarctant vel delimitant, veluti intentiones habituales, animi dispositiones, intentiones interpretativae, velleitates, volitionis, etc. Verbo “positivo” lex exigit intentionem quae efficaciter in obiectum consensus dirigitur ipsumque specificat»; c. MONIER, Placentina-Bobien., 3 de octubre de 2014, n. 4, cit., p. 274: «Cum loquimur de simulatione tam totali quam partiali, hoc evenit tantum per actum positivum voluntatis qui voluntatem matrimonium ineundi substantialiter corrumpit. Si Lex actui voluntatis expresse adiungit verbum “positivo”, hoc significat praecisam distinctionem ab aliis actibus qui non sunt positivi et consequenter qui voluntatem non determinant vel movent, uti intentione habituali, intentione

octubre de 2014, al insistir en que el acto positivo de la voluntad que se exige en la simulación no consiste en una débil motivación de una voluntad solo imperfectamente desarrollada, incluso si ya es adversa a la procreación, ni en una mera disposición del ánimo, una veleidad o una inercia de la voluntad que no llega a formar un acto positivo⁴⁸.

La sentencia c. Yaacoub del 26 de noviembre de 2008, insistiendo también en estos puntos, recoge algunas ideas que, aunque de modo muy escueto, en nuestra opinión merecen la pena destacar. Después de recoger que la opinión, la inclinación, la voluntad interpretativa y similares, no constituye una voluntad positiva, sin la cual no hay simulación del consentimiento, como se hace en otras decisiones, el ponente insiste en que, para que se dé esa simulación, se precisa una voluntad positiva contraria, por lo que, añade, para valorar si existió o no exclusión de la prole, se requiere la prueba de una voluntad determinada en el contrayente en el momento de prestar el consentimiento matrimonial en cuanto a la exclusión de la generación de hijos en el futuro matrimonio⁴⁹. Es en el matrimonio *in fieri*, en la manifestación del consentimiento matrimonial, en el que hay que ponderar si se dio una voluntad contraria en uno o ambos contrayentes acerca de la posibilidad de tener hijos en la futura vida matrimonial. Así lo subrayan también la c. Ragni del 30 de mayo de 1996 y la c. Arellano Cedillo del 14 de diciembre de 2012, quitando toda relevancia a la voluntad de los esposos a efectos de la validez del consentimiento una vez que se han celebrado las nupcias⁵⁰. Y es el mismo pensamiento que subyace

interpretativa, velleitate. Nam verbo “positivo” Lex exigit propositum vel efficacem intentionem quae voluntatem dirigit et specificat».

⁴⁸ Cfr. c. BARTOLACCI, Arboren., 15 de octubre de 2014, n. 6, cit., p. 297: «Itemque positivus voluntatis actus non consistit in quadam infirma motione voluntatis imperfecte tantum evolutae, etiamsi procreationi iam adversae, prout in animi dispositione vel persuasione, in velleitate, et in voluntatis inertia, quae ad formationem actus positivi non pervenit».

⁴⁹ Cfr. c. YAACOUB, Arretina-Cortonen.-Biturgen., 26 de noviembre de 2008, n. 7, cit., p. 360: «Opinio, inclinatio, voluntas interpretativa et huiusmodi haud efficiunt positivam voluntatem, sine qua abest simulatio consensus. Quapropter, in exclusione prolis asserenda, requiritur probatio determinatae seu positivae voluntatis in nupturiente, in tradendo consensu matrimoniali, quoad exclusam generationem prolis in futuro matrimonio» (se recoge este mismo párrafo en otra sentencia del mismo ponente de un año más tarde: c. YAACOUB, Civitatis Castelli, 28 de octubre de 2009, n. 15, cit., p. 288).

⁵⁰ Cfr. c. RAGNI, Pontisaren., 30 de mayo de 1996, n. 6, cit., p. 410: «Exclusio prolis illa minime gignit matrimonium nullum si certo patrata fuerit olim nuptiis iam initis aut si modo absoluto non extitit denegatum ius ac actus per se aptos ad prolis generationem; sed tantummodo si eadem per actum positivum voluntatis adiecta sit sicuti iactata lancea adversus consensum matrimoniale momento quo hic elicitus est. Talis correlatio constituit igitur “conditionem sine qua non” ut exclusio ipsa effectum nullitatis matrimonii producat: Unde, extra momentum consensus matrimonialis elicitationis, exclusio prolis mere facta forma actuali vel virtuali, nullimode quoddam matrimonium invalidum reddere potest. Qua re, non quaevis prolis exclusio irritum matrimonium reddit, sed tantum exclusio prolis in suis principiis (cf. Thomas, *Suppl.*, q. 49, art. 3), quia bonum prolis non est res abstracta, quae separari possit ab actu coniugali quo vita humana propagatur atque finis procreandae prolis ad singulos quoque actus coniugales pertinet (vid. Litt.

en las demás decisiones que hablan de la necesidad del acto positivo de la voluntad, pero nos parece oportuno que se recoja expresamente, para evitar malentendidos o interpretaciones erróneas, aunque sea sólo con unas breves frases, como en esta sentencia. Si bien es cierto que cabría el riesgo de ver en estas palabras la exigencia de un doble acto de voluntad, uno de contraer y otro de excluir la prole, en el que nos detendremos en el siguiente apartado, nos parece importante que se resalten de modo claro los puntos fundamentales que ha de comprobar el juez para examinar si se ha dado o no la exclusión de la prole en un matrimonio concreto.

En cambio, nos plantea mayores dudas la afirmación que realiza el ponente a continuación: no cualquier rechazo de la prole vicia el consentimiento, sino solo aquel que afecta al derecho a los actos en sí mismos aptos para generar prole⁵¹. Si bien es la línea que sigue la jurisprudencia tradicional, nos parece que ese modo de argumentar puede resultar algo reductivo, tanto del bien de la prole, como de la misma realidad matrimonial, como explicaremos más adelante, en el capítulo siguiente.

De igual manera, de la jurisprudencia se desprende que tampoco es relevante una voluntad que no rechaza o limita los mismos derechos conyugales, sino que simplemente supone un abuso de su uso o de su ejercicio⁵². Son numerosas las decisiones en las que se reitera la necesidad de distinguir si se ha excluido el derecho o sólo el ejercicio del derecho. En caso de duda, se habría de estar por la validez del matrimonio, de acuerdo con lo que prescribe el

Encycl. *Humanae Vitae*, n. 11). Ideoque qui, positivo voluntatis actu, excludit ius ad actum “per se aptum ad prolis generationem ad quem natura sua ordinatur matrimonium et quo coniuges fiunt una caro” (can. 1061, § 1), invalide contrahit ex expresso dictamine can. 1101, § 2»; c. ARELLANO CEDILLO, Calaritana, 14 de diciembre de 2012, n. 6, en RRDec., vol. CIV, p. 373: «Talis actus ponis debet momento celebrationis matrimonii, aut praecedenti, et, in casu, numquam revocari. Exclusio post celebratas nuptias superveniens in validitatem foederis coniugalis nullum influxum habere potest».

⁵¹ Cfr. c. YAACOUB, Arretina-Cortonen.-Biturgen., 26 de noviembre de 2008, n. 7, cit., p. 360: «Non quaecumque prolis refutatio consensum vitiat, sed illa dumtaxat quae ius ad actus per se aptos ad prolis generationem attingit et quidem positivo voluntatis actu».

⁵² Cfr. c. DE LANVERSIN, Romana, 10 de noviembre de 1992, n. 6, en RRDec., vol. LXXXIV, p. 537: «Tantum exclusio iuris ad veros actus coniugales ad procreationem ordinatos, quod consensum coniugalem ingreditur, matrimonium invalidum reddit, dum simplex exercitii iuris detrectatio, quae supponit abusum iuris concessi, ex agro consensus prorsus exulat»; c. BRUNO, Romana, 28 de mayo de 1993, n. 3, cit., p. 426: «Actus positivus voluntatis ius denegans semper sedulo distinguendus est a matrimonii abusu, qui consensus non irritat, quia abusus cum iure concesso coexistere, immo bene componi potest»; c. DE LANVERSIN, Interamnen.-Narnien.-Amerina, 5 de abril de 1995, nn. 7-8, en RRDec., vol. LXXXVII, p. 253-254: se recoge el mismo párrafo de la sentencia del mismo ponente del 10 de noviembre de 1992, que se cita en esta misma nota; c. PINTO, Bellunen.-Feltren., 7 de julio de 2006, n. 7, en RRDec., vol. XCVIII, p. 234: «Cum tamen consensu exclusive fit matrimonium, non existit consensus ideoque ruit matrimonium, si positivo voluntatis actu ius ipsum ad prolis generationem excluditur ab utraque vel alterutra parte».

c. 1060⁵³, como se recuerda expresamente en la c. Jarawan del 8 de enero de 1992⁵⁴. No nos detenemos ahora a comentar esta distinción entre el derecho y su ejercicio, que puede ser un tanto artificial y nos plantea serias dudas, a pesar de que se utilice con mucha frecuencia por los jueces. Lo haremos con calma en el siguiente capítulo. Únicamente, lo traemos ahora a colación porque remarca la idea de que, para que pueda hablarse de exclusión, ha de existir un propósito definido contrario a los derechos y deberes conyugales.

En esta misma línea, las sentencias c. Boccafolo del 14 de enero de 1999 y del 17 de enero de 2002, y la c. Pinto del 15 de junio de 2007, hablando de la tarea que han de llevar a cabo los jueces, señalan que se ha de buscar una *causa simulandi* proporcionada –nos detendremos también en este punto más adelante, al hablar sobre la prueba de la exclusión de la prole, en el último capítulo de este trabajo–, y dilucidar si se ha excluido el mismo derecho, o simplemente su uso o su ejercicio, *ex factis et circumstantiis non aequivocis*, y no por simples comentarios, motivaciones o intenciones de los contrayentes⁵⁵.

⁵³ *Codex Iuris Canonici*, c. 1060: «Matrimonium gaudet favore iuris; quare in dubio standum est pro valore matrimonii, donec contrarium probetur».

⁵⁴ Cfr. c. JARAWAN, Mediolanen., 8 de enero de 1992, n. 3, en RRDec., vol. LXXXIV, p. 4-5: «Qui matrimonium contrahit, actus per se aptos ad prolis generationem voluntate absoluta ac praevalenti et perpetua recusans, nullum verum ius tradit et acceptat. Qui vero matrimonium contrahit cum animo excludendi prolem non in perpetuum, sed ad tempus, usum limitat, seu ius ipsum non censetur excludere neque consensum limitare. “Sane, qui ante nuptias intendit non nisi ad certum tempus evitare procreationem filiorum, sive quia statim non vult onerari curis et expensis cum nativitate et educatione filiorum connexis, sive quia primo tempore matrimonii suam libertatem, ut aiunt, servare desiderat, is dici nequit nolle tradere ius ad actus vere conyugales, sed integro ipso iure abuti velle matrimonio praesumendus est, non adimplendo respectivam suam obligationem” (coram Wynen, decisio diei 26 maii 1948, R.R.Dec., vol. XL, pp. 194-195). In dubio utrum nupturiens intentionem habuerit sese non obligandi an solummodo susceptas obligationes non implendi, standum erit pro valore coniugii (cf. can. 1060)».

⁵⁵ Cfr. c. BOCCAFOLO, Vicariatus Apostolici Alexandrini Aegypti, 14 de enero de 1999, n. 5, en RRDec., vol. XCI, p. 3, que cita, aunque sin señalarlo, las siguientes frases de la c. STANKIEWICZ, Caracen., 24 de marzo de 1988, n. 6, en RRDec., vol. LXXX, p. 186: «Nubentes, praesertim si legis praescripta ignorent, de iuris exclusione generatim non cogitant. E contra, haud tam raro accidit quod nupturientes ad matrimonii celebrationem accedunt cum deliberato proposito vitandi prolem per aliquod tempus, variis quidem de causis, praesertim vero –sicut plerumque obvenit– ad servandam libertatem a gravibus officiis oneribusque cum susceptione prolis coniuctis, saltem primis coniugii annis, aut donec conditio oeconomica melior evadat vel concordia inter partes experimento vitae communis comprobetur, et ita porro. Ideoque, iudicis est, ex factis et circumstantiis non aequivocis, inquirere utrum partes ius in tantum iuris exercitium, quod per se coniugium irritare nequit, excludere statuerint»; c. BOCCAFOLO, Corduben. in Argentina, 17 de enero de 2002, n. 6, en RRDec., vol. XCIV, pp. 4-5: recoge el mismo texto con poquísimas variaciones –apenas algunas palabras–; c. PINTO, Bratislaven.-Tyrnavien., 15 de junio de 2007, n. 3, cit., p. 216: «His tamen externis signis correspondere debet causa simulandi; quod accidit cum voluntas contrahentis vel contrahentium intentionem manifestat matrimonium non nisi rescindibile contrahendi. Haec causa simulationis requiritur ut sit gravis, proportionata et praevalens, quatenus in nubentis ponderatione valeat prae causa contrahendi. Deficiente enim praefata causa simulandi, ne quidem loqui fas est de positivo voluntatis actu, quo

En una sentencia c. Colagiovanni del 13 de junio de 1989, después de realizar una síntesis de los casos en los que el matrimonio sería nulo por exclusión del *bonum prolis*⁵⁶, se insiste en la necesidad de que exista un acto positivo de la voluntad que rechace el mismo derecho⁵⁷, para distinguirla de las simples motivaciones o intenciones anteriores al consentimiento, así como de las posibles restricciones que no supongan realmente un rechazo del *bonum prolis*.

También se distingue explícitamente en otras decisiones el acto positivo de la voluntad de la intención habitual, o de la disposición general de ánimo, de las imágenes o ficciones, de la intención interpretativa y del simple deseo, que son desterrados por completo del campo de la facultad volitiva y no pueden tener influjo en el consentimiento matrimonial⁵⁸. Y en alguna se insiste

excluditur vel ipsum matrimonium vel aliquod essenziale elementum vel essentialem aliquam inter matrimonii proprietates».

⁵⁶ Cfr. c. COLAGIOVANNI, Romana, 13 de junio de 1989, n. 9, en RRDec., vol. LXXXI, p. 416: «“Utique necesse non est ut generatio prolis, quamvis ea finis primarius sit matrimonii, quaeratur, quia ex ipsa pactione coniugali causatur. Sed exclusio eiusdem positivo voluntatis actu vitiat consensum matrimonialem et nuptias invalidat, quia excludit intentionem prolis, sine qua matrimonium esse non potest” (Summa Theol., Suppl., q. XLIX, a. 3 c). Omissa distinctione veterum, traditione inde saltem a S. Augustino, transmissa, inter finem primarium matrimonii (“procreatio et educatio prolis”) et finem secundarium (“mutuum adiutorium et remedium concupiscentiae”) (cf. can. 1013 CIC 1917), novus Codex iuris Canonici doctrinam Const. Apost. *Gaudium et spes* (n. 48) fere ad litteram refert, recitans in obliquo matrimonium esse indole sua naturali ordinatum ad prolis generationem et educationem (cf. can. 1055; can. 1096), ita ut qui positivo voluntatis actu excludat matrimonium ipsum (tunc habetur simulatio totalis) vel essenziale aliquod elementum (inter ista elementa ponitur ordinatio ad prolem) vel essentialem aliquam proprietatem (unitatem et indissolubilitatem: cf. can. 1056), invalide contrahit».

⁵⁷ Cfr. *IBID.*, n. 10, p. 416: «Elementa structuralia talis capitis nullitatis sunt quae qualificant exclusionem h.e., nedum sub adpectu probatorio, sed intrinseco seu substantiali: debet fieri per actum positivum, et debet respicere ipsum ius»; c. COLAGIOVANNI, Romana, 20 de noviembre de 1990, n. 10, en RRDec., vol. LXXXII, p. 806: recoge el mismo texto.

⁵⁸ Cfr. c. BRUNO, Agrigentina, 21 de julio de 1994, n. 4, en RRDec., vol. LXXXVI, p. 405: «Ideoque intentio habitualis, seu generalis animi dispositio, intentio interpretativa et simplex desiderium nihil commune cum actu positivo voluntatis habere possunt; ab agro enim facultatis volitivae exsulant et influxum in matrimonialem consensum exercere nequeunt»; c. FUNGHINI, Beryten. Maronitarum, 26 de marzo de 1996, n. 12, en RRDec., vol. LXXXVIII, p. 322: «Ut matrimonium irritetur refutatio proles fieri debet absolute et positivo voluntatis actu, qui non velleitatem vel genericum propositum, etsi vehemens, secumferat necesse est, sed determinatam ac firmam voluntatem, quae nedum discrepantiam inter ea quae externe proferuntur contineat, sed contrariam praevalentem animi intentionem matrimonium ineundi prole exclusa, et dynamicam non simpliciter per “nolle” significetur, sed per “velle non”; c. ALWAN, Xentina-Sanctae Mariae Leucaden., 12 de abril de 2002, n. 5, en RRDec., vol. XCIV, p. 235: «Existencia huius actus [positivus voluntatis], in sua natura et substantia considerati, iam suas imagines ac fictiones excludit, veluti intentiones interpretativas, habitum ac formam mentis, desideria, errores vel etiam dicitaria obiter dicta»; c. MONIER, Katovicen., 12 de abril de 2002, n. 7, en RRDec., vol. XCIV, p. 246: «Uti accidit in qualibet exclusionis forma, minime sufficit mera intentione vel propositum quod in intellectiva sphaera remanet, sed voluntatem haud movet. Eodem modo non sufficit mera inertia vel opinio generice formulata sed requiritur praevalens voluntans quae praebet

en que ha de darse una voluntad expresa o un propósito actual claramente contrario al *bonum proles*, como sería la negación del contrayente del *ius ad actus coniugales* de la otra parte, o de la ordenación de dichos actos a la procreación de los hijos, o su intención de atentar directamente contra la prole ya concebida⁵⁹.

Las sentencias c. Ragni del 30 de mayo de 1996 y c. Arokiaraj del 18 de junio de 2010, recogiendo los elementos que aparecen en las decisiones que

id quod nubens intendit in matrimonio contrahendo»; c. MONIER, Romana, 27 de junio de 2003, n. 7, en RRDec., vol. XCV, p. 44: «Certo certius actus positivus voluntatis minime confundendus est cum mera intentione quae provinciam voluntatis non ingreditur, sed requiritur voluntas actualis vel virtualis, non revocata tempore nuptiarum»; c. SABLE, Assisien.-Nucerina-Tadinen., 9 de junio de 2004, n. 6, cit., p. 372 y c. TURNATURI, Mantuana, 20 de enero de 2005, n. 9, en RRDec., vol. XCVII, p. 26, en las que se cita el párrafo de la c. Funghini del 26 de marzo de 1996 que se incluye en esta misma nota; c. SABLE, Meliten., 17 de diciembre de 2004, n. 5, cit., p. 941: «Limitatio consensus debet esse positive et absolute posita, sed confundenda non est cum intentione hypothetica nec cum intentione perpetuo prolem non generandi»; c. VERGINELLI, Neapolitana, 23 de mayo de 2008, n. 6, cit., p. 174: «Notum quoque est e doctrina iurisprudentiali voluntariam intentionem interpretativam non sufficere ad matrimonium irritandum eo quod requiritur actus positivus voluntatis excludentis indissolubilitatem, scilicet *velle non* ut operatio voluntatis vinculi sortiatur nullitatem»; c. YAACOUB, Civitatis Castelli, 28 de octubre de 2009, n. 15, cit., p. 288: «Voluntas positiva de qua ad can. 1101, § 2, et actualis vel virtualis distinguenda est ab intentione habituali, seu ab animi dispositione nuptias celebrandi et ab intentione interpretativa».

⁵⁹ Cfr. c. PINTO, Bratislaviensis-Tyrnavien., 15 de junio de 2007, n. 4, cit., p. 216: «Tria requiruntur elementa ad exclusionem iuris ipsius in prolem in concreto ponendam: a) expressa voluntas seu propositum vel intentio actualis contrahentis *ius coniugii* seu *ius ad actus coniugales* (cf. can. 1086, § 2) ad proles generationis aptos (cf. can. 1081, § 2) penitus impediendi seu non tradendi, ne filii enascantur; b) actuale propositum rectam impediendi ordinationem actus coniugalis ad prolem procreandam scilicet ne copula coniugalis ad unum ex essentialibus matrimonii finibus congruat (...); c) prava intentio directe interrumpendi *prolem iam conceptam*, praesertim per funestum medium scil. *per abortum directum*»; nótese que, aunque el ponente presenta esta enumeración hablando de los elementos que se requieren para la exclusión del mismo derecho del bien de la prole, después se refiere a estos casos como distintos supuestos (*factispeciebus*) de rechazo del *bonum proles*; c. ARELLANO CEDILLO, Calaritana, 14 de diciembre de 2012, n. 7, cit., p. 373: «Actus voluntatis, uti *positivus* haberi possit, esse debet revera positus, elicitus et perfecte humanus, seu procedens ex dialogo inter intellectum et voluntatem. Ideo iuxta legem Ecclesiae non sufficit “non velle”, ut actus voluntatis efficiatur positivus, sed requiritur “velle non” (cf. coram Huber sent. diei 30 aprilis 2003, RRDec., vol. XCV, p. 241, n. 4)»; c. SALVATORI, Vicentina, 7 de febrero de 2013, n. 6, en RRDec., vol. CV, p. 3: «Ad praefatas praesumptiones superandas demonstrari oportet simultanem boni proles exclusisse positivo voluntatis actu, qui sub formula “velle non”, non autem “nolle”, describi solet»; c. ARELLANO CEDILLO, Mutinen.-Nonantulana, 20 de marzo de 2013, n. 9, en RRDec., vol. CV, p. 96, que recoge con muy pocos cambios las palabras de la sentencia del mismo ponente del 14 de diciembre de 2012 que están recogidas en esta misma nota; c. VACCAROTTO, Amalphitana-Caven., 22 de enero de 2015, n. 7, cit., p. 11: «Pro positivitate actus excludentis non sufficit quod sit merus actus negationis, id est “nolle” id quod respuitur; necessarium, e contra, est simulationem sive totalem sive partialem signare quodam “velle non” illud elementum vel illam proprietatem quae constituunt obiectum negationis, uno verbo id quod vere, integre, absque ulla dubitatione, negativam voluntatem in re excitat».

venimos señalando y citando varias sentencias de años precedentes al Código de Derecho Canónico de 1983, dando idea de la continuidad de la jurisprudencia en este punto, sintetizan en cuatro puntos los requisitos que ha de reunir el acto positivo de la voluntad para que pueda hablarse de simulación:

- a) ha de distinguirse de la intención habitual, que no califica el acto ni entra en el consentimiento;
- b) no debe confundirse con la voluntad interpretativa, propiamente dicha, que no existe en la determinación del estado de ánimo;
- c) se diferencia de la voluntad genérica de excluir el matrimonio o algún bien esencial, que no afecta al matrimonio determinado;
- d) no es una mera previsión, incluso cuando se tenga certeza del evento futuro⁶⁰.

En definitiva, el acto positivo que se exige para que se dé la simulación se opone a la mera inercia de la voluntad⁶¹. Por este motivo, merece la pena detenerse ahora en algunas afirmaciones que aparecen en un buen número de sentencias, entre las que se encuentran varias de las publicadas en los últimos años, que dan la impresión de mitigar el carácter positivo del acto de la voluntad exigido por el legislador.

En algunas de estas decisiones, se señala que la manifestación externa de la intención de excluir no aporta realmente nada al hecho de la simulación, aunque tenga su importancia, como es natural, con relación a la prueba, que sería más fácil o más complicada⁶²; y sería suficiente con que se retuviera sola-

⁶⁰ Cfr. c. RAGNI, Pontisaren., 30 de mayo de 1996, n. 6, en RRDec., vol. LXXXVIII, p. 410: «Ad patrandam simulationem cuiusvis speciei requiritur actus positivus voluntatis, qui: (1) distinguitur ab intentione habituali quae actum non qualificat neque consensum ingreditur; (2) non est confundendus cum voluntate proprie dicta interpretativa, quae actualis fieret si agens de simulatione cogitaret sed reapse non existit in animi determinatione; (3) non idem est ac voluntas generica etiam pluries manifestata, excludendi contractum aut aliquod bonum essenziale, quia etiam haec voluntas recidit in habitum animi et in concreto non afficit determinatum matrimonium; (4) non est denique mera praevisio, etiam cum certitudine futuri eventus (cf. coram Bejan, decisio diei 15 ianuarii 1969; coram Palazzini, decisio diei 8 octobris 1969; coram Brennan, decisio diei 30 aprilis 1957; coram Sabbatani, decisio diei 29 maii 1959; coram Parisella, decisio diei 31 iulii 1969; coram De Jorio, decisio diei 10 decembris 1969)»; c. AROKIARAJ, Mediolanen., 18 de junio de 2010, n. 5, en RRDec., vol. CII, pp. 239-240: cita las mismas palabras, que no copiamos de nuevo.

⁶¹ Cfr. c. HUBER, Faventina-Mutinen., 27 de octubre de 1999, n. 5, cit., p. 629: «Actus voluntatis positivus opponitur inertiae voluntatis et significat voluntatem ex potentia in simulationem transire»; cfr. c. CABERLETTI, Tiburtina, 17 de diciembre de 2004, n. 5, cit., p. 897: «Actus per quem simulatio perficitur, positivus vocatur, quia reapse subiectum per suam voluntatem agere debet, qualibet inertia omnino victa; ille explicite ponitur, cum directe aliquid agens intendit, sed etiam implicitum haberi potest voluntarium, quum aliquid comprehenditur in aliquo directe voluto».

⁶² Cfr. c. BRUNO, Agrigentina, 21 de julio de 1994, n. 4, cit., p. 405: «Ideoque intentio habitualis, seu generalis animi dispositio, intentio interpretativa et simplex desiderium nihil commune cum actu positivo voluntatis habere possunt; ab agro enim facultatis volitivae

mente en secreto en el corazón⁶³. En otras, se admite incluso la validez de un acto de la voluntad implícito como configurador de la simulación⁶⁴, que no es un acto interpretativo ni presunto, sino realmente puesto, aunque no aparezca directa e inmediatamente en la manifestación del contrayente, sino que esté incluido en otro acto⁶⁵, como el comportamiento de la parte que excluye, por

exulant et influxum in matrimonialem consensum exercere nequeunt. Nihil refert num intentio fuerit externe manifestata aut dumtaxat in cordis secreto retenta; res enim momentum tantum habet quoad simulationis probationem, quae, uti patet, facilius vel difficilius evadit».

⁶³ Cfr. c. HUBER, Faventina-Mutinen., 27 de octubre de 1999, n. 4, cit., p. 628: «Itaque “actu voluntatis positivo” excludit, qui “positive non vult” (coram Wynen, sent. diei 22 ianuarii 1944, RRDec., vol. XXXVI, p. 46, n. 2), qui “positive nolens” (coram Pompedda, sent. diei 3 februarii 1981, *ibid.*, vol. LXXIII, p. 69, n. 5) ore profert, quod corde non tenet. Ad positivitatem constituendam sufficit, ut quis “interne effective nollet” contrahere (coram Faltin, sent. diei 18 ianuarii 1988, *ibid.*, vol. LXXX, p. 5, n. 10), “positive excludere” intendat (coram Bruno, sent. diei 19 decembris 1995, *ibid.*, vol. LXXXVII, p. 732, n. 3)»; c. PINTO, Bellunen.-Feltren., 7 de julio de 2006, n. 6, cit., p. 233: «Non est qui dubitare queat actum positivum voluntatis a can. 1101 requisitum ut matrimonium irritetur, posse sive explicitum sive etiam implicitum esse».

⁶⁴ Cfr. c. FUNGHINI, Romana, 8 de noviembre de 1989, n. 4, en RRDec., vol. LXXXI, p. 645: «Prolis exclusio voluntatis actu facienda est, qui probari debet et, si quidem implicitus, debet esse expressus»; c. BRUNO, Romana, 28 de mayo de 1993, n. 3, cit., p. 426: «Exinde si actu positivo voluntatis, explicito vel implicito, ius illud [ad petendi ac exigendi naturales copulas completas] excluditur, matrimonium exsistere non potest, quia elementum eius essenziale pessumdatur (cf. can. 1086, § 1 V.C.; can. 1101 N.C.)»; c. FERREIRA PENA, Conimbricen., 9 de junio de 2006, n. 6, cit., p. 196: «implicita autem, cum exclusio voluntatis nuptialis potius eruenda sit ex fine subiectivo in quem nubentis intentio dirigitur. Si enim praevalens nubentis voluntas vergit in finem quandam essentiae matrimonialis instituti contrarium, implicite matrimonium ipsum excluditur»; c. PINTO, Colonien., 19 de diciembre de 2008, n. 4, en RRDec., vol. C, p. 379: «Non est qui dubitare queat actum positivum voluntatis a can. 1101 requisitum ut matrimonium irritetur, posse sive explicitum sive etiam implicitum esse; dummodo *implicitum* voluntarium non genericam vel interpretativam voluntatem contrahentis significet, sed intentionem saltem virtuales matrimonium ipsum aut proprietatem aliquam vel essenziale elementum coniugii, excludendi, in agendi habituali ratione excludendis vel in circumstantiarum eiusdem vitae coacervo innixam»; c. ARELLANO CEDILLO, Mutinen.-Nonantulana, 20 de marzo de 2013, n. 9, cit., p. 96: «Exclusio boni prolis effectum iuridicum tunc tantum sortitur, consensus matrimonialem irritantem, si positivo voluntatis actu perficiatur, explicito vel implicito, actuali vel saltem virtuali, vim suam exerente iam tempore nuptiarum celebrationis. Uti accidit in qualibet exclusionis forma, minime sufficit mera intentio vel propositum quod in intellectiva sphaera remanet, sed voluntatem haud movet. Eodem modo non sufficit mera inertia vel opinio generice formulata sed requiritur praevalens voluntas quae praebet id quod nubens intendit in matrimonio contrahendo»; c. ARELLANO CEDILLO, Bialostocen., 16 de noviembre de 2016, n. 4, en RRDec., vol. CVIII, p. 297: «Insuper non tantum actus positivus voluntatis *explicitus* matrimonii ordinationem ad prolem excludens consensum dirimit, sed etiam ille *implicitus*, cuius scilicet “substantia” — quae utcumque “realiter” adest — non appareat directe et immediate in manifestatione agentis (cf. coram Anné, sent. diei 29 octobris 1964, RRDec., vol. LXIV, p. 683, n. 4)».

⁶⁵ Cfr. c. CABERLETTI, Tiburtina, 17 de diciembre de 2004, n. 6, cit., p. 897: «Actus voluntatis implicitus essentialiter a sic dicta voluntate interpretativa differt, quia ista in momento

ejemplo⁶⁶. Pero, para que se dé el acto de la voluntad, ha de darse un juicio sobre algo a lo que se dirige dicho acto⁶⁷.

En un tercer grupo de sentencias, se menciona como suficiente para la exclusión un acto de la voluntad virtual⁶⁸, aunque, también en este caso, algu-

quo actus iuridicus oriebatur prorsus deerat, cum ille revera, quamvis in alio inclusus, aderat atque intendebatur: "El acto implícito no es un acto presunto, ni interpretativo, sino realmente puesto pero incluido en otro acto o en una manifestación que directamente contiene otro significado, el mismo que contiene expresamente y de modo implícito el significado a que nos referimos. Pero en los dos se da el acto positivo y real" (F. Gil de Las Heras, *El concepto canónico de la simulación*, cit. [in *Simulación matrimonial en el Derecho Canónico*, a cura di BAÑARES, JUAN IGNACIO, Pamplona 1994], pp. 108-109); c. JAEGER, Asten., 19 de julio de 2012, n. 12, en RRDec., vol. CIV, p. 237: «Utrumque ad actum positivum exclusionis probandum non semper necesse est aliquem praecisam declarationem explicitam ab adserto simulante ante matrimonium audivisse se bonum prolis exclusurum esse a consensu sibi in ipsa matrimonii celebratione manifestando; nec requiritur ut momento ipso consensus manifestationis pars, quae nunc simulavisse adsertur, subtilibus verbis in animo suo exclusionem explicitè consensui adiunxerit. Ita in una coram Sabattani legitur "dari quoque actum positivum implicitum" (sent. diei 29 octobris 1963, *ibid.*, vol. LV, p. 706, n. 3) qui secus ac actus mere praesumptus "remanet in ordine positivo, quia, quamvis eius substantia non appareat directe et immediate in manifestatione agentis, tamen ibidem identidem continetur, realiter et non praesumptive, positive et non interpretative, quamvis veluti in plicis, seu in sinu eiusdem manifestationis" (*ibid.*; uti refertur in R. M. Sable, *Tradere et accipere: quaedam problemata de mutuo consensu circa ius ad prolem in causis matrimonialibus*, in *Periodica de re canonica* 84 [1995], p. 772, nt. 34)».

⁶⁶ Cfr. c. CIANI, Mutinen.-Nonantulana, 14 de julio de 2004, n. 6, en RRDec., vol. XCVI, p. 491: «Uti in ceteris speciebus simulationis vel exclusionis, requiritur actus positivus voluntatis, qui vero potest esse explicitus vel implicitus (exempli gratia, ipse modus sese gerendi partis excludentis, sub luce omnium adiunctorum perspectus)».

⁶⁷ Cfr. c. LÓPEZ-ILLANA, Bergomen., 15 de enero de 2003, n. 4, en RRDec., vol. XCV, p. 40: «Nam "actus voluntatis praesupponit aestimationem sive iudicium de aliquo, in quod fertur" (S. Thomas, *Suppl.*, q. 51, a. 1, ad primum). Sed non excluditur actus positivus voluntatis implicitus, dummodo recte intelligatur implicationis ratio».

⁶⁸ Cfr. c. MASALA, Romana, 28 de febrero de 1984, n. 2, en RRDec., vol. LXXVI, p. 153: «Qui igitur, in ineundis nuptiis, intentione positiva, sive actuali sive virtualiter perseveranti, obligationem illam suscipere renuit, ipsum ius ad coniugales actus subtrahit»; c. RAGNI, Ianuen., 29 de noviembre de 1988, n. 5, en RRDec., vol. LXXX, p. 703: «modo actuali vel virtuali elicito atque simplici forma aut conditione vel pacto vestitum»; c. BRUNO, Agrigentina, 21 de julio de 1994, n. 4, cit., p. 405: «Actus positivus voluntatis, exclusionem sobolis inducens, perficitur per intentionem actualem, i.e. momento matrimonii elicita, aut per intentionem virtualem, quae, ante nuptiarum celebrationem emissa et numquam retractata, usque ad matrimonium virtute perseveret»; c. CABERLETTI, Mediolanen., 21 de marzo de 2001, n. 5, en RRDec., vol. XCIII, p. 224: «Actus positivus voluntatis, quo ordinatio ad problem excluditur, a subiecto agente edi potest tempore praestationis consensus dupliciter: vel quia tantum tunc ponitur, vel quia vel illius actus iam positi tunc perseverat. Priore in casu actus denominatur actualis, in altero virtualis»; c. MONIER, Katovicen., 12 de abril de 2002, n. 7, cit., p. 246: «His in casibus verificari debet actus positivus voluntatis actualiter vel virtualiter elicito, momento praestationis consensus»; c. MONIER, Piscarien.-Pinnen., 18 de julio de 2003, n. 5, en RRDec., vol. XCV, p. 516: «Sufficit ut propositum sit virtuale, etiamsi non actu formulatum esset momento prolationis consensus»; c. DEFILIPPI, Carpen., 7 de julio de 2005, n. 6, en RRDec., vol. XCVII, p. 339: «Ideo illa "exclusio" [alicuius elementi

nas no dejan de señalar que no debe confundirse con la intención habitual, la disposición de ánimo o la intención interpretativa⁶⁹, y otras aclaran que, más que tratarse de un *no querer*, se trata de un *querer no*, es decir, que se quiere positivamente privar al matrimonio de algún elemento o propiedad esencial⁷⁰.

essentialis vel proprietatis essentialis], ut vim irritantem praeseferat, fieri debet per actum voluntatis, qui sit actus a) "humanus" (seu deliberate procedens ab intellectu et voluntate); b) "positivus" (seu reapse positus modo actuali vel saltem virtuali tempore celebrationis matrimonii, ideoque efficaciter conexus cum consensu nuptiali, cuius obiectum substantialiter determinat); c) "firmus" (ita ut matrimonium re contrahatur iuxta illam determinationem nubentis et non aliter); c. VERGINELLI, Neapolitana, 23 de mayo de 2008, n. 6, cit., p. 174: «Ad validitatem vinculi, seu ad gignendum vinculum sacrum ope operationis voluntatis relate ad vinculum validum sufficit — praeter intentionem actualem — intentio virtualis, qua propositum propense determinatum perseverare consueverit»; c. YAACOUB, Clavaren., 17 de marzo de 2010, n. 12, cit., p. 97: «Denique, exclusio prolis tamquam causa nullitatis matrimonii non est quaelibet exclusio, sed illa quae saltem virtuali positivo actu voluntatis ipsum ius ad actus per se aptos ad prolis generationem explicite vel implicite negat»; c. YAACOUB, Calaritana, 14 de noviembre de 2012, n. 11, cit., p. 334: «Si nubens, positivo voluntatis actu, explicito aut implícito, actuali vel saltem virtuali numquam revocato, absolute excludit ius ad huiusmodi actus vel sibi reservat ius determinandi, pro suo libito, utrum et quando illud tradat, invalide contrahit»; c. ARELLANO CEDILLO, Mutinen.-Nonantulana, 20 de marzo de 2013, n. 9, cit., p. 96, que acabamos de recoger en la nota 69.

⁶⁹ Cfr. c. MONIER, Romana, 27 de junio de 2003, n. 7, cit., p. 441: además de citar el párrafo que recogemos en la nota a pie de página anterior de la c. Ragni del 29 de noviembre de 1988, afirma lo siguiente: «Certo certius actus positivus voluntatis minime confundendus est cum mera intentione quae provinciam voluntatis non ingreditur, sed requiritur voluntas actualis vel virtualis, non revocata tempore nuptiarum»; c. YAACOUB, Arretina-Cortonen.-Biturgen., 26 de noviembre de 2008, n. 7, cit., p. 360: «Voluntas positiva de qua ad can. 1101, § 2, et actualis vel virtualis distinguenda est ab intentione habituali, seu ab animi dispositione nuptias celebrandi et ab intentione interpretativa»; c. FERREIRA PENA, Viglevanen., 18 de abril de 2012, n. 8, en RRDec., vol. CIV, p. 109: «Voluntas contra prolem elicita matrimonium irritat sive sit actualis, id est emissa in actu celebrationis nuptiarum, sive sit virtualis, id est antea elicita sed virtute perseverans tempore prolati consensus. Nihil autem efficiunt voluntas habitualis, quae in actum nullimode operatur, et interpretativa, quae reapse posita non est et posita dumtaxat esset si nubens attentionem intendisset in obiectum volitionis suae»; c. SALVATORI, Vicentina, 7 de febrero de 2013, n. 6, cit., p. 3: «Voluntas tantum modo actualis aut virtualis, non autem interpretativa aut habitualis, actum positivum voluntatis excludentem constituere potest».

⁷⁰ Cfr. c. DE JORIO, Romana, 3 de abril de 1984, n. 4, en RRDec., vol. LXXVI, p. 228: «Exclusio (simulatio) – docet Decisio coram Ferraro diei 11 iunii 1970 – fiat necesse est positivo voluntatis actu, sive actualiter sive virtualiter expresso, qui, profecto, non quatenus "nolle", sed quatenus "velle non" generali contrahendi vountanti bonum sacramenti efficaciter et praevalenter detrahare valeat»; c. VACCAROTTO, Fodiana-Bovinen., 9 de julio de 2014, n. 6, en RRDec., vol. CVI, p. 204: «Iurisprudencia rotalis ac doctrina semper perspexerunt actum voluntatis, de quo in canone, diligenter expendere, et quidem, alio in modo ab aliis actibus voluntatis, qui non sunt "positivi", iuxta significationem a canone institutam. Reapse id quod per "positivum" intenditur, est actus voluntatis actualis, qui procedit, scilicet, ab actu voluntatis praesenti, vel saltem virtuali, qui fit perseverans et numquam ideo retractati actus praeteriti. In utroque casu actus procedit a voluntate directe sicuti ab agente et ideo communiter implicat "velle non" potius quam "nolle" (cf. S. Thomas, *Summa Theol.*, I-II, q. 6, art. 3, ad I)».