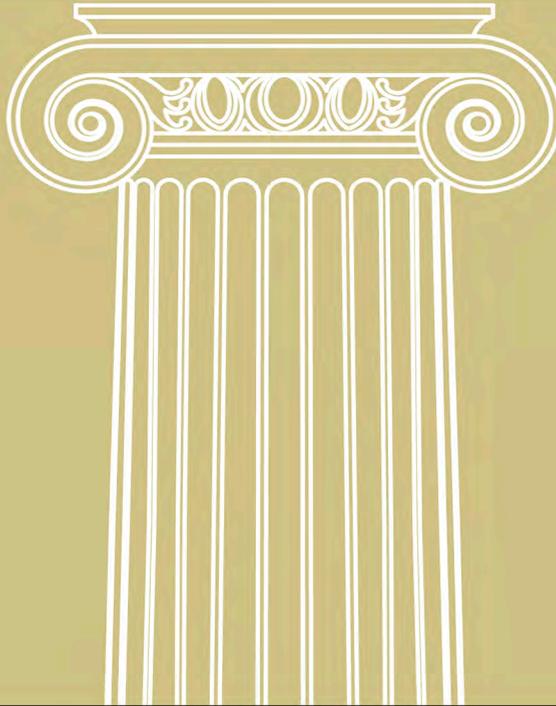


C

ASOCIACIÓN
ESPAÑOLA DE
CANONISTAS



**CUESTIONES
ACTUALES DE DERECHO
CANÓNICO Y DERECHO
ECLESIAÍSTICO DEL
ESTADO**

Dykinson, S.L.

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro, incluido el diseño de la cubierta, puede reproducirse o tramitarse por ningún procedimiento electrónico o mecánico. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial
Para mayor información, véase www.dykinson.com/quienes_somos

© Copyright by
Asociación Española de Canonistas
Madrid, 2015

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69

e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>

ISBN: 978-84-9085-423-5

Depósito Legal: M-19185-2015

Diseño de cubierta: Jokin Pagola

Maquetación:

GERMÁN BALAGUER - german.balaguer@gmail.com

Impresión:

Copias Centro

LA EXCLUSIÓN DEL *BONUM PROLIS* EN LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DE LA ROTA ROMANA

CRISTINA GUZMÁN PÉREZ
Universidad Pontificia Comillas

1. INTRODUCCIÓN

Debo agradecer a la Asociación Española de Canonistas la invitación a participar en esta mesa redonda, sobre un tema que me parece particularmente interesante. Como la mayoría de Vds. saben, la profundización en el estudio del fenómeno simulatorio, es ya casi una vocación en mí. Mi interés no es solo a nivel doctrinal sino, sobre todo, a nivel jurisprudencial. La razón es que, como ya conocen, comencé a interesarme por este tema, a raíz de mi tesis doctoral sobre la simulación del consentimiento matrimonial y la aportación que la doctrina y la jurisprudencia canónica española habían realizado, en esta materia, en la reforma del CIC de 1983¹. De forma especial, me interesa seguir la evolución jurisprudencial, no solo por la necesaria actualización que todos los profesores universitarios debemos tener en las materias que explicamos, sino también porque, como abogada en ejercicio, es una cuestión que se invoca frecuentemente en los Tribunales como causa de nulidad matrimonial.

En concreto, y en relación con la exclusión del *bonum prolis*, creo que puede resultar interesante conocer si la jurisprudencia de la Rota Romana ha intervenido en muchas causas de simulación por este capítulo, durante los últimos años, dado que las concepciones actuales del matrimonio han experimentado un cambio sustancial debido a la secularización y descristianización de la sociedad y de la cultura, a la mentalidad divorcista y a la prevalencia de valores distintos a los que tradicionalmente han existido en el occidente europeo donde, desde luego, ya no existe un apoyo social a la familia ni prima la fidelidad a los compromisos adquiridos y donde la búsqueda de la satisfacción personal y material, la comodidad y la belleza del cuerpo se superponen muchas veces a lo que auténticamente reclama el matrimonio, como donación

¹ Cf. C. GUZMÁN PEREZ, *La simulación del consentimiento matrimonial. Aportación de los canonistas españoles 1917-1983*. Ed. Colex, 1999.

personal total y recíproca entre ambos esposos, ordenado naturalmente a la procreación y educación de los hijos.

En relación con la ordenación del matrimonio a la procreación, cada vez con más frecuencia nos encontramos con situaciones en las que los cónyuges ni siquiera se han planteado con seriedad y responsabilidad la cuestión de los hijos durante el noviazgo, o si lo han hecho, se proponen retrasar la prole durante los primeros años de matrimonio, para poder comprobar si la unión conyugal funciona adecuadamente, o para disfrutar de la vida en común, sin más obligaciones, o para prosperar profesional y económicamente. También, por supuesto, hay otras situaciones en las que ambos se entregan y aceptan con una donación plena y generosa, en la que está incluida la apertura a esa dimensión trascendente que supone una posible paternidad responsable de los hijos, de acuerdo con el Magisterio de la Iglesia², y que se completa con la educación de la prole.

Pretendemos, con este trabajo, analizar si la jurisprudencia de la Rota Romana ha experimentado alguna evolución en relación a las distinciones que siempre se han realizado de conceptos tales como Derecho y Uso del Derecho, exclusión absoluta y perpetua, temporal o *ad tempus*, exclusión *ad libitum*. También interesa conocer si supuestos más actuales como pudieran ser los casos de esterilización voluntaria, las enfermedades de transmisión sexual y las técnicas de reproducción asistida, han tenido algún reflejo en esta reciente jurisprudencia.

Para ello, y gracias a la generosa colaboración del Prof. Januz Kowal, Director de la Escuela de Jurisprudencia de la Universidad Gregoriana de Roma, he podido leer y analizar ciento cuarenta de sentencias todavía inéditas de la Rota Romana, pero referenciadas en la publicación no oficial *L'Attività della Santa Sede*, de los años 2006 a 2012. Creemos que esta información será más valiosa, por reciente, que si hiciéramos una valoración de las sentencias publicadas en los últimos volúmenes de la publicación oficial de la Rota Romana, puesto que se refieren a sentencias dictadas con anterioridad al año 2004, esto es, hace casi 10 años³.

² Cf Constitución *Gaudium et Spes* nn 50-51; Encíclica *Humanae Vitae* (25.7.1968), nn 12-18; Exhortación Apostólica *Familiaris Consortio* (22.11.1981), nn 28-36; Carta a las Familias *Gratissimam sane* (2.02.1994), n 12; Encíclica *Evangelium vitae* (25.03.1995) nn 26-29; Carta Encíclica *Lumen Fidei* (29 junio 2013) nn 52-53, (24 noviembre 2013) nn 61-67.

³ El último volumen publicado es XCVII (2014), que recoge sentencia del año 2004.

2. EL *BONUM PROLIS* COMO ELEMENTO ESENCIAL DEL CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL

Creo que será útil comenzar esta intervención recordando qué se entiende por *bonum prolis*, como objeto formal, fin y elemento esencial del consentimiento matrimonial, y anotando la modificación que supuso el CIC de 1983 respecto a la regulación anterior.

En este sentido, podríamos decir que, teniendo en cuenta los cc. 1055§1 y 1061§1, se entiende por *bonum prolis*, el derecho, en sí y en su ejercicio, a realizar el acto conyugal apto para que pueda seguirse la generación y educación de la prole.

Ya no se menciona en el vigente CIC el *omne ius ad coniugalem actum* que originó la polémica doctrinal sobre el alcance del término *omne*, así como las dudas sobre si la exclusión del *bonum prolis* se limitaba a la exclusión del derecho a los actos conyugales aptos para la procreación o si abarcaba otros aspectos como la concepción, gestación, educación de los hijos. A ello hay que añadir la problemática que planteaba la redacción de los derogados cánones del CIC de 1917: el c. 1013§1º sobre el fin primario y secundario del matrimonio; el c. 1081§2 sobre la definición del consentimiento matrimonial y el objeto del contrato matrimonial, como entrega-recepción del derecho perpetuo y exclusivo sobre el cuerpo, en orden a los actos de suyo aptos para la generación; y, finalmente, el c. 1086§2 sobre la nulidad del matrimonio si se excluía o todo el derecho al acto conyugal o alguna propiedad esencial⁴.

En la más reciente jurisprudencia de la Rota Romana, a tenor del c. 1055§1, el bien de la prole y el bien de los cónyuges se establecen como uno de los fines a los que está naturalmente ordenado el matrimonio y que no puede excluirse

⁴ Puede verse, en este sentido, la opinión de la doctrina española de la época en: F.J. WERNZ-P. VIDAL: *Ius Canonicum*, Vol. V, Ius matrimoniale. Roma 1946, p. 596, n. 462.; E. MONTERO, *El matrimonio y las causas matrimoniales*. Madrid 1965, 236-243; ARQUER-SEMIR, *Derecho Matrimonial*, Barcelona 1949, 151-152; M. GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, *La institución matrimonial según el derecho de la Iglesia*. Madrid, 1947, 207; V. MONTSERRAT, *Derecho matrimonial canónico*. Barcelona 1961, 242; E. F. REGATILLO, *Derecho matrimonial eclesiástico*. Santander 1962, 203-205; J. MANS, *Derecho matrimonial canónico, Vol. I*, Barcelona 1959, 388-390; L. MIGUÉLEZ DOMÍNGUEZ, *Comentarios al Código de Derecho Canónico*. Vol II. Madrid 1963, 621-2; A. BERNÁNDEZ CANTÓN, *Curso de Derecho Matrimonial Canónico*. Madrid, 1966, 248 y 251-2, quien cita a GRAZIANI: *Volontá attuale e volontà preceptiva nel negozio matrimoniale canonico*, Milano 1956; L. MIGUÉLEZ, PRIETO LOPEZ: "Nulidad por exclusión total del matrimonio o del bonum prolis", en *Las causas matrimoniales*, Salamanca 1953, 275; P. FEDELE: *L'ordinatio ad prolem" nel matrimonio in Diritto canonico* Milano 1962, 324-330; y las sentencias de 27 de febrero de 1947 (SRRD, vol. 39, dec, 15, n. 5); 20 de abril de 1951 (SRRD vol 43, dec. 40); 4 de junio de 1954 (SRRD vol. 46, dec. 107); 31 de octubre de 1956 ("Il diritto ecclesiastico", 1958, II, 177-8); 9 de febrero de 1957 ("Il diritto ecclesiastico", 1958, II, 176-7). En defensa de que esta exclusión se extienda también a la obligación de educación de la prole, cita a J. HERVADA: *Los fines del matrimonio*, Pamplona 1960, 72-101.

sin causar la nulidad del matrimonio (c. 1101§2). Junto al c. 1055, en el *in iure* de las sentencias rotales, se alega el can 1057§2, la Constitución *Gaudium et Spes*, en su número 48 y 50, el Catecismo de la I. Católica (n. 1652-1664 y 2366), *Familiaris Consortio* (14 y 28), *Humanae Vitae* (8 y 12), la Instrucción *Domun Vitae* (8) y también el artículo 2 de La Carta de los derechos de la Familia, publicada por la Santa Sede en 1983, y diversas alocuciones a la Rota Romana de Juan Pablo II⁵ y Benedicto XVI⁶. También se señala reiterativamente que el derecho debe ser perpetuo y exclusivo, pero que no va contra la esencia del matrimonio no usar del derecho que se da y se recibe y que la apertura a la procreación no debe confundirse con la efectiva procreación, pues la falta de prole no invalida las nupcias, con tal de que no haya sido excluida la prole en el consentimiento⁷.

Así, por ejemplo, en el *in iure* de varias sentencias c. Caberletti de 30 de marzo de 2006, de 14 de diciembre de 2006, 1 de febrero de 2007, 12 de marzo de 2008 y 6 de mayo de 2010, se afirma que “la ordenación del matrimonio a la generación y educación de la prole es un elemento esencial del matrimonio y su exclusión impide una verdadera alianza conyugal (can. 1101§2). Pero, para que se siga la nulidad del matrimonio, la prole debe ser excluida en sus principios, es decir, en el derecho a la ordenación del consorcio de toda la vida a la generación y educación de la prole (cf. can. 1055§1) o en el derecho a los actos que son aptos para la procreación (can. 1061§1)”⁸.

En otras sentencias posteriores de este ponente, de fecha 30 de enero de 2008 y 31 de enero de 2011, se alude al cambio efectuado en la terminología (fin/ordenación), apareciendo con más claridad el aspecto personalista del matrimonio⁹, opinión que coincide con la sentencia c. Ferreira de 6 de noviembre de 2009¹⁰. Y en otra más reciente, de 28 de mayo de 2009 indica

⁵ Hace referencia a la Carta Apostólica *Gratissimam sane*, de 1994, n. 7, la sentencia c. Alwan, Reg. Apuli seu Sancti Severi, de 8 de marzo de 2011 (A 9/2011).

⁶ Sentencia c. Arokiaraj, Reg. Apuli seu Lycien, de 4 de junio de 2009 (A 70/2009).

⁷ Por ejemplo, una c. Ciani, Reg. Latii seu Romana, de 19 de julio de 2006 (A 107/2006), otra c. Bottone, Reg. Apuli seu Melphicten, 2 febrero 2010 (A 13/2010), y en una sentencia c. Boccafolà Reg. Ligustici seu Savonen, de 21 de junio de 2012 (A 97/2012)

⁸ Sentencias c. Caberletti, Reg. Sancti Salvatoris in Brasilia, de 30 de marzo de 2006 (A 42/2006); Reg. Philadelphien, de 14 de diciembre de 2006 (A 171/2006); Reg. Viridimontanen, de 1 de febrero de 2007 (A 12/2007); Reg. Rzeszovien, de 12 de marzo de 2008 (A 44/2008); Reg. Ligustici seu Ventimilien, de 6 de mayo de 2010 (A 73/2010). En semejantes términos, una c. Sciacca, Reg. Latii seu Romana, de 22 de enero de 2010 (A 10/2010)

⁹ Sentencia c. Caberletti, Reg. Borgoten, de 30 de enero de 2008 (A 12/2008) y Reg. Calaritana, de 13 de enero de 2011 (A 1/2011).

¹⁰ Sentencia. c. Ferreira, Reg. Salernitani-Lucano seu Montisvirginis, de 6 noviembre 2009 (A 142/2009). Indica en el *in iure* que “debe tenerse muy en cuenta que la concepción personalista del matrimonio a partir de la doctrina del Vaticano II, no ha disminuido la importancia que la ordenación a la prole tiene en la estructura misma del matrimonio, sino que permanecen inalterables tanto la

expresamente Caberletti que “el matrimonio no da derecho a los hijos, sino a los actos generativos”¹¹.

En el *in iure* de una c. Buttone de 18 de enero de 2007, comienza el Ponente mostrando su disconformidad con quienes creen que el Concilio Vaticano II cambió la doctrina y normativa sobre el fin del matrimonio, alegando el n. 48 de la *Gaudium et Spes*. Indica, además, que “el objeto formal del consentimiento es la entrega mutua de los contrayentes, para que se puedan lograr los fines del matrimonio y que no son los hijos, sino los actos que tienen aptitud para engendrarlos”¹².

Una c. Boccafolo, de 3 de marzo de 2011, suponemos que con ocasión de la admisión de los matrimonios homosexuales en muchos países occidentales, especifica que “la causa eficiente del matrimonio es la voluntad de instaurar con una persona de distinto sexo, una sociedad permanente para engendrar hijos”¹³.

En consecuencia, el matrimonio es válido aunque no se tengan hijos. Y, como indica una c. Arokiaraj de 14 de julio de 2009, “los actos conyugales son legítimos aunque se prevea que son infecundos por naturaleza. Pero el uso de contraceptivos niega la donación mutua entre los esposos (*Fam. Consortio*, 32) y es necesario distinguir el aspecto moral y el jurídico. El uso de anticonceptivos es siempre moralmente reprochable, pero no siempre causa la nulidad del matrimonio”¹⁴.

La sentencia c. Turnaturi de 14 de diciembre de 2006 se refiere, incluso, a la regulación del CIC 17, y la de 21 de junio de 2007 pone el acento en afirmar que “los contrayentes son libres para contraer matrimonio, pero no son libres para configurarlo según sus ideas y deseos, Nadie es libre para apartarse de los elementos objetivos del matrimonio, tal como Dios los estableció. Por tanto, sean las que sean las palabras con las que expresa su consentimiento, quien

concepción tradicional del matrimonio, como sus propiedades esenciales que no pueden ser rechazadas por los contrayentes”.

¹¹ Sentencia c. Caberletti, Reg. Campani seu Napolitana, de 28 de mayo de 2009 (A 67/09). Añade que la exclusión de la prole se puede expresar elegantemente de esta forma: “Exclusión del deber de no impedir la procreación de los hijos, es decir, de no hacer nada que atente al desarrollo del proceso generativo, a la ordenación a la prole –piénsese, por ejemplo en prácticas abortivas o anticonceptivas– (J. Fornés, *Derecho Matrimonial Canónico*, Madrid 2000, 121)”.

¹² Sentencia c. Buttone, Reg. Sardiniae seu Calaritana, de 18 de enero de 2007 (A 5/07). Cita la Instrucción de la Congregación de la Doctrina de la fe *Donum Vitae* de 22 de febrero 1987. En una sentencia c. Defilippi, Reg. Pedemontani seu Taurinen, de 4 de junio de 2009 (A 72/09) también se indica en el *in iure* que aunque el matrimonio se contrajo durante la vigencia del CIC-17, nada impide que se recurra al CIC vigente, ya que la normativa sobre el mérito de la causa no es diferente. En sentido semejante una c. Defilippi, Reg. Umbri seu Innterannen, de 18 de marzo de 2010 (A 49/2010).

¹³ Sentencia c. Boccafolo, Reg. Etrusci seu Praten, de 3 de marzo de 2011 (A 37/2011).

¹⁴ Sentencia. c. Arokiaraj, Coloniensis (Köln) 14 julio 2009.

interiormente no asume el matrimonio y sus elementos esenciales, no contrae matrimonio válido, sino que es nulo por simulación o exclusión”.

También se anota la imposibilidad de que los contrayentes configuren una matrimonio según sus ideas o deseos, y no tal como está constituido por el Creador, en unas c. Bottone de 2 de febrero y 16 de marzo de 2010¹⁵, una c. Caberletti de 4 de marzo de 2010¹⁶ y una c. Jaeger de 19 de julio de 2012¹⁷.

En sentido muy parecido, unos con mayor y otros con menor extensión y citas doctrinales y jurisprudenciales, podríamos citar buen número de sentencias¹⁸.

De forma especial me quiero referir a la sentencia c. Serrano de 7 de julio de 2006, no solo por el hecho de que sea un ponente español, sino por su larga exposición sobre la necesidad de superar el instinto y cultivar el amor de obediencia, como algo necesario para aceptar la indisolubilidad del matrimonio. En el n. 8, afirma el Ponente que todavía se requiere un esfuerzo mayor para asumir la obligación de la procreación y recoge una cita literal del Vaticano II, en la Constitución *G. et Spes*, n. 50:

“(…) los cónyuges saben que son cooperadores del amor de Dios creador y en cierta manera sus intérpretes. Por ello, cumplirán su tarea con responsabilidad humana y cristiana y con dócil reverencia, de común acuerdo y con un esfuerzo común, se formarán un recto juicio (...) En último término, son los mismos esposos los que deben formar este juicio ante Dios (...) Por lo

¹⁵ Sentencia c. Bottone, Apuli seu Melphicten-Rubensis-Iuvenacensis-Terlitensis, de 2 de febrero de 2010 (A 13/2010) y Nitriensis, de 16 de marzo de 2010 (A 45/2010).

¹⁶ Sentencia c. Caberletti, Campani seu Nolana, de 4 de marzo de 2010 (A 36/2010). Indica además, que “ni las autoridades civiles ni los contrayentes pueden cambiar esta ordenación esencial”.

¹⁷ Sentencia c. Jaeger, Reg. Pedemontani seu Asten, de 19 de julio de 2012.

¹⁸ Sentencias c. Ciani, Reg. Latii seu Romana, de 19 de julio de 2006 (A 107/2006); Reg. Piceni seu Camerinen, de 29 de noviembre de 2006 (A 144/2006); Reg. Apuli seu Baren, de 15 de diciembre de 2006 (A 172/2006); Reg. Siculi seu Messanen, de 17 de enero de 2007 (A 3/07); Reg. Ligustici seu Clavaren, de 17 de octubre de 2007 (A 115/2007); Reg. Ligustici seu Ianuen, de 14 de diciembre de 2007 (A 156/2007); c. Alwan, Reg. Provinciae Mediterraneae seu Foriulien, de 20 de abril de 2007 (A 46/2007); c. Sciacca, Reg. Pedemontani seu Taurinen, de 27 de abril de 2007 (A 58/2007); c. Monier, Reg. Latii seu Romana, de 16 de febrero de 2007 (A 21/2007); Reg. Apuli seu Tarentina, 8 de junio de 2007 (78/2007); Reg. Parisien, de 20 de julio de 2007 (104/2007); c. Bottone, Reg. Sardiniae seu Calaritana, de 18 de enero de 2007 (A 5/2007); Reg. Pedemontani seu Taurinen, de 10 de mayo 2007 (A 58/2007); Reg. Pedemontani seu Taurinen, de 19 de octubre de 2007 (A 116/2007); Reg. Rzeszovien, de 30 de octubre de 2007 (A 124/2007); Reg. Apuli seu Baren, de 4 de marzo de 2010 (A 37/2010); Reg. Nitrien, de 16 de marzo de 2010 (A 45/2010); c. De Angelis, Reg. Montisvidei, de 8 de noviembre de 2007 (127/2007); c. Sable, Reg. Siculi seu Catanen, de 6 de diciembre de 2007 (148/2007); c. Defilippi, Reg. Insubris seu Bergomen, de 22 de noviembre de 2007 (A 135/2007); Reg. Latti seu Romana, de 22 de mayo de 2009 (A 65/2009); c. Yaacoub, Reg. Pedemontani seu Taurinen, de 16 de marzo de 2007 (A 33/2007) y Reg. Ligustici seu Clavaren, de 17 de marzo de 2010 (A 47/2010); c. Arellano, Reg. Latii seu Romana, de 12 de enero de 2012 (A 3/2012).

cual, dejar al instinto este gravísimo deber de la procreación y educación de los hijos, además de dar la impresión de una ofensa al Creador, fácilmente hace de presumir la exclusión, al menos implícitamente, de este derecho que debe asumirse y ejercerse rectamente”¹⁹.

Por último y para terminar este apartado, me refiero a las sentencias c. Pio Vito Pinto, de 7 de julio de 2006²⁰, 19 de diciembre de 2008²¹, 27 de marzo de 2009²², que resumen los elementos que indican se ha rechazado el bien de la prole al prestar el consentimiento matrimonial, según jurisprudencia constante, acorde también con la sentencia c. Bottone de 2 de octubre de 2008²³:

- a) La intención de no entregar el derecho a los actos conyugales, aptos para la procreación (can.1086 §2 y 1081 §2).
- b) La intención de impedir la ordenación del acto conyugal a la procreación. Y cita la *Humanae Vitae*, n. 14.
- c) La intención de interrumpir la gestación, principalmente mediante el aborto directo.

Sobre este último supuesto, una c. Alwan de 20 de abril de 2007, afirma que “el aborto provocado con el fin de evitar la gestación llegue a su término, puede constituir un indicio de haber excluido los hijos con voluntad prevalente”²⁴.

Pero una c. Arokiaraj de 24 de abril de 2008 añade que “es necesario examinar los motivos por los que se provoca el aborto, sobre todo cuando la madre lo provoca con dolo y solo para evitar al hijo sufrir las consecuencias de un

¹⁹ Sentencia c. Serrano, Reg. Latii seu Romana, de 7 de julio de 2006 (A 98/2006): Se trata de un matrimonio entre un italiano y una mujer suiza. Ella se enamora de él y lo persigue hasta que logra el matrimonio. Por líos de papeles, contraen primero matrimonio meramente civil y luego canónico, el 3 de junio de 2000. No tienen hijos. Convivencia difícil. Apenas transcurrido un año, en julio de 2001 se separan y 4 de febrero de 2002, el varón presenta demanda de nulidad por exclusión de la indisolubilidad y de la prole.

²⁰ Sentencia c. Pinto, Reg. Triveneti seu Bellunen, de 7 de julio de 2006 (A 99/2006).

²¹ Sentencia c. Pinto, Reg. Colonien, de 19 de diciembre de 2008 (A 196/2008).

²² Sentencia c. Pinto, Reg. Insubris seu Cremonen, de 27 de marzo de 2009 (46/2009).

²³ Sentencia c. Bottone, Reg. Insubris seu Mediolane, de 2 de octubre de 2008 (A 134/2008).

²⁴ Sentencia c. Aiwan, Reg. Provinciae Mediterraneae seu Foriulien, de 20 de abril de 2007 (A 46/2007). Se trata de dos argelinos. Él nacido en 1925 y ella nacida en París en 1929. Contraen matrimonio en 1949. Tras un aborto voluntario la vida conyugal dura poco. No tienen hijos. La mujer abandona el domicilio en 1951 y obtiene el divorcio civil. Las dos partes contrajeron nuevos matrimonios meramente civiles. En 1978 el varón presenta la demanda de nulidad por exclusión de la prole por parte de la mujer y obtiene sentencia afirmativa. Apela el Defensor del Vínculo. El Tribunal de segunda instancia reforma la sentencia anterior y da sentencia negativa. A la RR, llega en 1982, pero se declara desierta por varias causas y negligencias y no se reasume hasta 2006.

matrimonio fracasado, sobre todo si el matrimonio ha fracasado por la falta de atención del padre a los hijos ya nacidos”²⁵.

Y una c. Verginelli de 11 de julio de 2008, en relación a un aborto provocado durante el matrimonio, el ponente indica en los *in facto* que el embarazo y la provocación del aborto, suceden cuando llevan ya bastantes años de matrimonio y, por ello difícilmente puede aducirse como prueba de una voluntad de excluir anterior al matrimonio y mantenida durante él²⁶. También se alude, junto al aborto, a la posible esterilización como actos tendentes a impedir que los actos conyugales sean procreativos, en una c. Defilippi de 18 de marzo de 2010 y otra de 23 de febrero de 2011²⁷.

Respecto a la educación de los hijos, no hemos encontrado ninguna sentencia que trate en profundidad esta obligación y su relación con la posible nulidad del matrimonio, sino a lo más una simple referencia a que “el *bonum prolis* significa el derecho-deber a no hacer nada contra la prole sino a acogerla y educarla”²⁸ o que, aún habiéndose alegado en la demanda la exclusión de la educación de los hijos, “si se refiere a la educación cristiana, eso no equivale a excluir la educación, sino que es parte de la educación”²⁹.

²⁵ Sentencia c. Arokiaraj, Reg. Aemiliani seu Parmen, de 24 de abril de 2008 (A 73/2008). Trata un caso en el que la mujer ya había contraído un matrimonio canónico, del cual tenía una hija y que había sido declarado nulo porque ella había excluido la indisolubilidad. Durante el proceso de nulidad, y antes de la sentencia, inicia relaciones con el demandado con el que convive *modo uxorio* y tiene otro hijo con él. Obtenida la sentencia de nulidad, vuelve a casarse canónicamente en 1977, sin que se aplicase rectamente la remoción del veto que llevaba anexo la sentencia canónica. El matrimonio no va bien por las frecuentes ausencias del varón que buscaba trabajo en el extranjero. En 1983 la mujer que había quedado embarazada, provoca un aborto. El matrimonio dura 18 años, hasta 1995 en que se separan porque él había comenzado a convivir con otra mujer en un país asiático. En 1999 obtienen el divorcio y ella presenta demanda de nulidad, porque asegura que había excluido la indisolubilidad y los hijos. Él no comparece. En 1ª instancia declaran la nulidad por los dos capítulos alegados. El Tribunal de segunda instancia, no confirma la sentencia y envía la causa a proceso ordinario. Éste niega la nulidad porque no se prueba ninguno de los capítulos aducidos. Llega a la RR quien fija el dubio por los capítulos de exclusión de la indisolubilidad y de la prole por parte de la demandante.

²⁶ Sentencia c. Verginelli, Reg. Aemiliani seu Mutinen, de 11 de julio de 2008 (A 126/08), negativa.

²⁷ Sentencia c. Defilippi, Reg. Umbri seu Interammen, de 18 de marzo de 2010 (A 49/2010) y Reg Apuli seu Tarentina, de 23 de febrero de 2011 (A 31/2011).

²⁸ Así en una c. Sciacca, Reg Campani seu Napolitana, de 13 mayo 2011 (A 81/2011), quien cita a Viladrich en el n. 9 del *in iure*.

²⁹ Sentencia c. Bottone, Reg. Nitriensis, de 16 de marzo de 2010 (A 45/2010), n. 15: “Sobre la exclusión por el demandado de la educación de los hijos: así lo afirma la demandante, pero para ello debería demostrar que el demandado era contrario a esta finalidad del matrimonio. En las actas, más bien se demuestra lo contrario y, si se refiere a la educación cristiana, eso no equivale a excluir la educación, sino que es parte de la educación. Pero, ni aún esto responde a la verdad y lo niega el demandando y los testigos. De lo declarado se deduce que el demandado no impidió la educación de sus hijos, ni pretendió que sus hijos pasasen a las religiones orientales y el episodio de que llevase a sus hijos al bosque para que abrazaran los árboles y así fuesen más fuertes, era una costumbre que en nada se opone a la religión cristiana”.

3. ACTO POSITIVO DE LA VOLUNTAD

El can. 1101, en su primer párrafo, establece una *praesumptio iuris* que admite prueba en contrario: la identidad entre el contenido de la voluntad y su manifestación externa. Se trata de una consecuencia de la natural tendencia de la persona a decir la verdad, y del principio canónico, en virtud del cual, el matrimonio goza del favor del derecho (can. 1060). Pero, no se desconoce, sino que se admite la posibilidad de excepción cuando “uno o ambos cónyuges, en el momento de prestar el consentimiento, excluyen el matrimonio en su totalidad, o un elemento esencial del matrimonio o una propiedad esencial” (can. 1101 §2), Uno de los elementos esenciales del matrimonio, por lo que respecta al objeto de nuestro estudio, es el derecho al acto conyugal apto de por sí para engendrar y educar la prole, el cual si se excluye, el consentimiento puede ser nulo.

La doctrina³⁰ y la jurisprudencia rotal se ha expresado repetidamente sobre esta cuestión. En particular, y por lo que se refiere a las sentencias recientes que he podido analizar, la mayoría de ellas afirman que no basta no querer el *bonum proles*, sino que es necesario un querer excluirlos, esto es, no se trata de un *nolle* o un *non velle*, sino de un *velle non*. Acto de voluntad que debe necesariamente existir en el momento de prestar el consentimiento matrimonial (actual), o con anterioridad pero mantenido en ese instante (virtual), pero no después de emitido el consentimiento. Acto que puede ser implícito o explícito, absoluto o hipotético, pero que no puede confundirse con un mero error, una intención habitual o una voluntad interpretativa, ya que estos supuestos permanecen en la esfera intelectual o teórica pero no pasa a la voluntad³¹.

Las sentencias que sirven de base a nuestro estudio siempre mencionan la necesidad del acto positivo de la voluntad excluyente, no bastando la mera opinión³², pero solo algunas contemplan la distinción que se ha mencionado más arriba, de forma completa o parcial³³. Así, por ejemplo, la sentencia C.

³⁰ Tratan esta cuestión, de forma específica, entre otros, las siguientes aportaciones de la doctrina: A. ARZA- P. M^a GARÍN, *Reflexiones acerca del acto positivo*, en *Hominum causa omne ius constitutum est*, Madrid 2000, 489-504; M. A ORTIZ, *En torno al acto positivo de voluntad y la simulación total del consentimiento*, en *El matrimonio y su expresión canónica ante el III Milenio*. Pamplona 2000, 1159-1176; A. STANKIEWICZ, *Concretizzazione del fatto simulatorio nel “positivus voluntatis actus”*: Periodica 87 (1998) 257-286; S. REGGI, *Atto positivo di volontà e simulazione (can 1101§2). Dotrina e giurisprudenza*, Marcianum Pres. Venezia 2011.

³¹ F. AZNAR GIL, *Derecho matrimonial canónico Vol II*, Salamanca 2002, 188.

³² Por ej. Una c. Bottone, Reg. Nitrienseis, de 16 de marzo de 2010 (A 45/2010) y una c. Arellano, Reg. Aemiliani seu Mutinen, de 21 de julio de 2011. (A 131/2011).

³³ En este sentido, las siguientes sentencias hacen referencia a esta distinción: c. Caberletti, Reg. Philadelphien, de 14 de diciembre de 2006 (A 171/2006), Reg. Santi Sebastiani Fluminis Ianuarii, de 18 de marzo de 2009 (A 39/09); c. Defilippi, Reg. Etrusci seu Pililianen, de 7 de julio de 2006 (A 102/2006);

Caberletti, de 21 de febrero de 2012³⁴, y con más extensión, en la de 30 de Marzo de 2006, se expresa en estos términos:

“1.– La exclusión es obra de la voluntad y no es suficiente un error o juicio falso, que procede sólo del entendimiento y permanece en él. Por tanto, no pueden ser considerados actos de voluntad, ciertos estados de ánimo, que constituyen lo que llamamos “voluntad habitual” que está en el umbral de la voluntad de deliberación, pero que no la integran y que, a lo más, pueden ser causa remota de la exclusión. El legislador exige un acto positivo de la voluntad que, ante todo, significa que tal acto se ha puesto en realidad.

2.– La Jurisprudencia de N. O. recuerda la doctrina de O. Giacchi, (Il consenso nel matrimonio canonico, 3ª edic., Milán 1973, p. 92) cuando afirma que la exclusión de la prole significa una verdadera voluntad, “un querer no” (*velle non*), más bien que un simple “un no querer” (*nolle*) y así roza la simulación total. (...) Por consiguiente, no es suficiente una mera inercia, sino es necesaria la presencia de una intención de no contraer.

3.– El acto positivo de la voluntad mediante el cual se excluye el bien de la prole puede ser actual o virtual, es decir, que una vez puesto, no es revocado. Si el contrayente directamente excluye el fin procreativo del matrimonio o el derecho a los actos que, en sí mismos, tienen aptitud para la generación, implícitamente pone un acto contra el bien de la prole; también cuando el contrayente quiere algo que no deja un espacio mínimo para lograr la ordenación del matrimonio al bien de la prole, e.g., al dar el consentimiento pretende sólo la práctica agénésica, cambiando por tanto el objeto esencial del consentimiento matrimonial”.

El mismo ponente, en otra sentencia posterior, de 15 de octubre de 2009, añade, que “para que sea efectiva la exclusión, en cuanto a la nulidad del matrimonio, se requiere que en ese acto de voluntad se den tres elementos: 1) verdadero acto de voluntad; 2) que sea un auténtico acto, no una creencia, opinión, previsión, etc.; 3) mediante una objetivación formal del mismo por una declaración y no sólo por un comportamiento equivoco”³⁵.

Reg. Latii seu Romana, de 22 de mayo de 2009 (A 65/2009); del Reg Insubris seu Mediolanen, de 15 de octubre de 2009 (A 127/2009); y sentencia del Reg. Apuli o Barensis, de 16 de noviembre de 2011 (A 155/2011); c. Ciani, Reg. Ligustici seu Clavaren, de 17 de octubre de 2007 (A 115/2007); c. Sable, Reg. Insubris seu Brixien, de 31 de enero de 2008 (A 16/2008); c. Arokiaraj, Reg. Aemiliani seu Parmen, de 24 de abril de 2008 (A 73/2008); c. Verginelli, Reg Campani seu Napolitana, de 23 de mayo de 2008 (A 89/2008); c. Monier Reg. Sardiniae seu Arboren, de 30 de mayo de 2008 (A 96/08) y Luganen, 24 de octubre de 2008 (A 148/08); c. Yaacoub, Maltesis, de 16 de febrero de 2011 (A 24/2011); c. Monier, Reg. Torinense, de 13 de mayo de 2011 (A 82/2011); c. Boccafolà, Reg Etrusci seu Pistorensis, de 16 de febrero de 2012 (A 25/2012).

³⁴ Sentencia c. Caberletti, Reg. Insubris seu Mantuana, de 21 de febrero de 2012 (A 32/2012).

³⁵ Sentencia c. Caberletti, Reg. de Siculi seu Mazarien, de 15 octubre 2009 (A 124/2009). También anota que no basta una mera opinión, una c. Bottone, Reg. Nitiensis, de 16 de marzo de 2010 (A 45/2010).

También la sentencia c. Defilippi de 15 de octubre de 2009 indica que “no basta una determinada psicología o manera de pensar contraria al matrimonio o a alguno de sus elementos o propiedades”³⁶.

Sin embargo, la sentencia c. Pio Vito Pinto de 7 de julio de 2006, al distinguir entre implícito y explícito, hace alusión al “error acerca de la naturaleza y fines del matrimonio que constituye como una segunda naturaleza que condiciona la voluntad de manera irresistible y que hace que un error general pase a ser virtual error práctico que rechaza, al menos implícitamente, el objeto formal del consentimiento matrimonial”, y, más adelante, se refiere a la manera de ser de la persona y admite que el acto puede ser “explícito o implícito, con tal que el implícito no equivalga simplemente a una voluntad genérica o interpretativa, sino a una intención, al menos virtual, de excluir el matrimonio mismo o uno de sus elementos esenciales y que se manifiesta, de manera oculta pero eficaz, por la manera de ser y de pensar de la persona”.

Más adelante, en el *in facto*, el ponente describe los rasgos de la personalidad de ella como una persona, voluble, lunática, llena de amor propio que se creía el centro del universo, terriblemente egoísta. Todas estas notas de ninguna manera favorecen la decisión de engendrar prole. Y concluye, tras el análisis de la prueba que “estamos ante una exclusión de la prole por un acto positivo implícito en la mentalidad y forma de actuar de ella”³⁷.

También la sentencia c. Pinto de 20 de octubre de 2006 alude a este tipo de mentalidades cuando afirma que:

“En la actualidad se dan dos modos de simulación del consentimiento matrimonial: uno cuando con un acto plenamente humano rechazan el matrimonio mismo o uno de sus elementos esenciales, otro cuando, según una

En sentido parecido, sobre la exigencia de una voluntad positiva contraria, una c. Defilippi, Reg. Apuli seu Tranensis Barolensis Bigiliensis, de 23 de febrero de 2011 (A 31/2011).

³⁶ Sentencia c. Defilippi, Insubirs (Insubria) o Mediolanensis (Milán), de 15 de octubre de 2009 (A 127/09).

³⁷ Sentencia c. Pinto, Reg. Triveneti seu Bellunen, de 7 de julio de 2006 (A 99/2006). Trata de un matrimonio de italianos muy jóvenes: ella con quince años y él de veintidós. Diferente actitud religiosa. Él muy creyente y practicante. Ella, no. Por dificultades en el trato, él está decidido a romper la relación, pero cede por temor a que ella se suicidase y con la esperanza de que ella, una vez contraído el matrimonio, cambiase sus ideas contrarias a la indisolubilidad y procreación. Contraen matrimonio canónico en 1989. La convivencia matrimonial no fue feliz. No tuvieron hijos. En 1993 ella abandona el domicilio conyugal y, de acuerdo con sus ideas, obtiene la separación civil en 1994 y el divorcio en 1998. Él en 1995 presenta la demanda de nulidad en el tribunal Triveneto, de primera instancia, por los capítulos de exclusión por parte de ella, tanto de la prole, como de la indisolubilidad. En 1997 el tribunal da sentencia negativa de la nulidad por los dos capítulos aducidos. En 1999 el varón apela al Tribunal de segunda instancia, ella no se presenta, pero envía tres cartas al Tribunal. La Sentencia de segunda instancia concede la nulidad del matrimonio sólo por la exclusión de la prole por parte de la mujer. A tenor del can. 1682§1, la causa pasa a la RR.

cierta y frecuente mentalidad, los hijos no se entienden y se engendra como el fruto primario y supremo del amor conyugal, sino más bien se les considera como un impedimento de la propia libertad y, por consiguiente, con mucha frecuencia, junto con el consentimiento matrimonial, se tiene el propósito o de excluir los hijos o de romper el vínculo si las cosas van mal. (...) Hoy se puede decir que existe entre los jóvenes una difundida y perversa voluntad de excluir el verdadero matrimonio y caen en una simulación, nacida de esa voluntad desordenada (...) Nadie duda que el acto de la voluntad con el que se excluye y simula pueda ser implícito o explícito y que ambos tengan aptitud para significar la voluntad de excluir”³⁸.

La sentencia c. Ciani de 29 de noviembre de 2006, también tiene en cuenta, en el *in facto*, la manera de ser y pensar de la mujer excluyente³⁹.

Es particularmente interesante la sentencia c. Sable de 10 de julio de 2008, porque el ponente señala las objeciones del Defensor del Vínculo sobre la falta de un acto positivo excluyente, y, a este respecto, anota:

³⁸ Sentencia c. Pinto, Reg. Triveneti seu Veronen, de 20 de octubre de 2006 (A 127/2006). Se trata de un matrimonio que se celebra en 1996. Se conocieron en una asociación, llamada Betania. Por circunstancias personales eran ambos conscientes de su inmadurez y estaban muy lejos de querer tener hijos. Antes y después del matrimonio usaban anticonceptivos. Por desacuerdos en relación con la asociación Betania, surgieron discrepancias desde el mismo día de la boda. Se separan temporalmente, pero la convivencia no mejoró y, de común acuerdo, establecen la separación definitiva civil. El varón en 1997 presenta la demanda de nulidad por exclusión de la prole por parte de la mujer. En 1998 se da sentencia negativa. En 2001 apela en segunda instancia y obtiene la nulidad en 2002. A tenor del can.1682 §1, llega a la RR. En el *in facto*, el ponente asegura que tanto las partes, como los testigos son dignos de fe. En la primera declaración de la demandada afirma que “per principio non ero contraria alla maternità. Pero, man mano che aumentavano le perplessità sul mio ragazzo io ho maturato la convizione che da lui non avrei accettato figli perché lo ritenevo di carattere troppo debole e quindi non idoneo a svolgere il ruolo di padre.” A continuación dedica la mayor parte del *in iure* (nn.8-15, seis pp!), a examinar los razonamientos sobre todo del tribunal primera instancia que dio sentencia negativa. Entiende que las declaraciones, tanto de las partes como de los testigos merecen credibilidad y son coherentes entre ellas. Cree que la causa para simular fue la pertenencia de él a la Asociación Betania, hasta el punto que, en un determinado momento, le fuerza a elegir entre la Asociación y ella. Él deja provisionalmente la asociación, pero ya el trato entre ellos no funcionó. Deduce de los respectivos comportamientos una cierta inmadurez de ambas partes y, sobre todo, entiende que el uso constante, antes y después de la boda, de medios para impedir la prole es una importante circunstancia que avala lo declarado sobre la exclusión del derecho a los actos procreativos. La conclusión a que llega es que no hay duda que los medios de prueba usados en el proceso, justamente integrados entre sí y completados con diversos indicios y adminículos (can. 1679) constituyen una prueba firme de la exclusión de la prole por parte de la mujer.

³⁹ Sentencia c. Ciani, Reg. Piceni seu Camerinen, de 29 de noviembre de 2006 (A 160/2006): La causa inmediata de simular y de excluir es una consecuencia lógica de la manera de ser y de pensar de la mujer, que pertenece a la generación del 68 francés y es militante cultural marxista. La causa remota es el miedo a que los hijos revivan la propia experiencia de vida negativa, como hija de un padre muy machista.

“en este caso, no se trata de una actitud contraria a los hijos causada por el egoísmo, ni por falta de responsabilidad ante lo que significa ser madre, sino que se trata de un propósito condicionado a sentirse liberada del trauma psicológico del aborto y poder tener un hijo en un contexto de amor muy diferente de su traumática experiencia”.

Para el Ponente es claro que esto equivale a excluir la prole por un tiempo indeterminado, pero de modo absoluto. Lo cual, sin duda, lleva consigo la nulidad del matrimonio⁴⁰. En otra sentencia posterior de este ponente, de 2 de marzo de 2011, se lee lo siguiente:

“La nulidad la provoca ciertamente la mentalidad que se tenga sobre el matrimonio, sin que se requiera para ello, un acto positivo de la voluntad. Lo importante es la admisión de la prole en sus principios, es decir, que los contrayentes en el mismo acto de consentimiento, se entreguen y reciban mutuamente el derecho a los actos procreativos”⁴¹.

Nadie duda de que la exclusión del *bonum prolis* deba realizarse antes o en el momento de consentir porque si se realiza después, carece de eficacia jurídica. Así lo indican las sentencias c. Ciani de 19 de julio de 2006⁴²

⁴⁰ Sentencia c. Sable, Reg. Latii seu Romana, de 10 de julio de 2008 (A 120/2008): En el *in facto* aparece el hecho de una relación anterior de ella, de la que quedó embarazada y *provocó el aborto*. Quedo profundamente traumatizada y esto le llevó a excluir los hijos en el matrimonio que contrajo con otro hombre. Ocultó siempre a todos el hecho del aborto y sólo más tarde se lo confiesa a su marido. En esta circunstancia, no recibe de él la comprensión y el amor que esperaba, cuando le dice que condiciona tener hijos a la superación efectiva del trauma que el aborto le había provocado.

⁴¹ Sentencia c. Sable, Reg. Latii seu Romana, de 2 de marzo de 2011 (A 36/2011).

⁴² Sentencia c. Ciani, Reg. Latii seu Romana, de 19 de julio de 2006 (A 107/2006): Se trata de un matrimonio de italianos, contraído el 14 de junio 1989. No tienen hijos. La convivencia conyugal breve (solo un año) y difícil. En el mes de agosto de 1990 se separan y en 1994 obtienen el divorcio civil. En 1998 el varón presenta la demanda de nulidad, por exclusión de la indisolubilidad y de la dignidad sacramental por parte del varón y por exclusión de la prole por parte de la mujer. En el *in facto*, el ponente señala que esta causa resulta difícil porque las partes discrepan entre sí y, por tanto, es de suma importancia la credibilidad que merecen. Los jueces de Primera Instancia dieron plena credibilidad al varón, los del Tribunal de apelación, por el contrario, más bien se la daban a la mujer, sospechando mucho del varón. La mujer, presunta simulante, en sus declaraciones ante el Vicario Judicial de Milán negó que ella hubiese simulado el consentimiento, afirmando que ella sólo excluyó los hijos, una vez celebrado el matrimonio: “solo dopo il matrimonio capii che tipo avevo sposato”. El varón, por su parte declara, que ya antes de la boda, la mujer había manifestado la intención de excluir la prole, porque ella daba una gran importancia a su profesión de azafata de vuelo, dada la repercusión que un embarazo podía tener en su físico.

y de 3 de julio de 2008⁴³; y c. De Angelis, de 10 de diciembre de 2008⁴⁴.

Pero esta declaración es muy genérica, ya que por una parte estima la exclusión como absoluta y, por otra se contradice, al afirmar que él tenía esperanza de superar esta dificultad. Desde otro punto de vista, resulta difícil entender que él sí quería tener hijos, pero no la mujer, fuese él quien recurrió a los anticonceptivos y declara que ella le pidió que usase el preservativo y que el accedió a la petición y cae en contradicción al afirmar que “era yo quien usaba el profiláctico o interrumpía el acto”. Es muy difícil probar la voluntad de excluir la prole en ella y las declaraciones del varón son inciertas y carecen de fundamento. Ante el Vicario judicial de Milán ella afirma que “no hemos tenido hijos porque, desde el comienzo, nuestra vida conyugal fue un infierno” y asegura que todo lo declarado por el varón son embustes: “yo no he querido tener hijos con él, pero esta voluntad es postmatrimonial, cuando descubrí el tipo con quien me había casado”. Los testimonios de los testigos son también genéricos. La causa de la simulación, tanto próxima, como remota no parece ni adecuada, ni proporcionada. A favor del vínculo, además, pueden aducirse las siguientes circunstancias: i) es cierto que la mujer nunca quedó embarazada, pero hay tener en cuenta, lo muy poco que duró la convivencia; ii) la mujer declara conocer y aceptar la doctrina católica sobre el matrimonio y sus propiedades; iii) sólo después del matrimonio cayó en la cuenta del tipo con quien se había casado; iv) la profesión de azafata no era un impedimento para tener hijos; v) de las Actas se deduce que no fue la mujer sino el varón quien, en realidad, ponía los medios para evitar la prole.

⁴³ Sentencia c. Ciani, Reg. Etrusci seu Arretina, de 3 de julio de 2008 (A 115/2008): Matrimonio de italianos. Se conocen en la Facultad de Medicina. Mantienen relaciones sexuales durante los tres años de noviazgo. Contraen matrimonio en 1987. A los cuatro años ella queda embarazada, pero tiene un aborto espontáneo. El matrimonio fracasa por los adulterios de él. Separación legal y divorcio en el 2000 y ese mismo año, el varón presenta demanda de nulidad por exclusión de la prole por su parte. En el *in facto*, el ponente anota lo siguiente: “En cuanto al objeto de la causa, el demandante sostiene que no se trata de una exclusión temporal, sino que él excluyo positivamente el derecho a los actos procreativos porque no quería tener hijos. Alega el hecho de haber usado siempre medios que impidiese el embarazo, y que ya manifestó esta decisión a ella antes del matrimonio. Esta declaración taxativa está en contradicción con la declaración de la parte demandada: ‘lui prima di sposare spesso, mi disse che dopo il matrimonio avrebbe voluto figli’”. (n. 15 y 19) Aduce el hecho del aborto espontáneo y la reacción de él que aseguraba haber escapado del peligro, pues él no quería hijos y decía públicamente a amigos y conocidos que a él los hijos no le interesaban. Los testigos se contradicen, según sean testigos de él o de ella. La causa remota de la simulación no existe, dada su educación católica el ambiente familiar en el que se educó y todo parece indicar que la resolución de no tener hijos, la tomó una vez celebrado el matrimonio (matrimonio *in facto esse*), ya que en el acto de prestación del consentimiento (matrimonio *in fieri*) no hay indicios de un acto positivo de voluntad excluyente (n. 21).

⁴⁴ Sentencia c. De Angelis, Reg. Latii seu Romana, de 10 de diciembre de 2008 (A 184/2008): Se trata de un matrimonio de italianos que se contrajo en 1999. No tienen hijos. La convivencia conyugal dura *dos años*. Obtienen la separación civil. La mujer presenta la demanda de nulidad y aduce los capítulos de exclusión de la indisolubilidad y de la prole por parte del varón. En el *In facto*, el ponente comienza admitiendo la credibilidad de la demandante ya que admite hechos que no le favorecen. Pero las declaraciones en estas causas por simulación deben examinarse muy cautamente. Ya en primera instancia el Tribunal determina que las razones que se alegan para probar la simulación, no son suficientes (n.7-8). Analiza la prueba testifical. Y saca como conclusión que en la causa se cuenta con la confesión de la mujer, pero que ésta no se ve confirmada por los testigos y sólo se prueba la intención *postnupcial* del demandante de no tener hijos, dado el fracaso del matrimonio.

Como complemento a la doctrina jurisprudencial que hemos señalado sobre la necesidad del acto positivo de voluntad excluyente, mencionamos dos notas complementarias que también se recogen en las sentencias analizadas:

- a) La voluntad excluyente debe estar originada por una casusa grave o gravísima, como así indican la sentencia c. Bottone, de 18 de enero de 2007, la sentencia c. Pinto de 19 de diciembre de 2008, c. Caberletti de 13 de enero de 2011, c. Bottone de 28 de enero de 2011⁴⁵, c. De Angelis de 25 de febrero de 2010⁴⁶ y 28 de enero de 2011⁴⁷.
- b) En la confesión judicial del simulante, éste deberá aducir una grave y proporcionada causa para simular y alegar circunstancias que la confirmen, antes y después del matrimonio, de tal manera que la exclusión de la prole no sea sólo verosímil, sino probable (sentencia c. Defilippi de 25 de julio de 2008⁴⁸ y c. Arokiaraj de 14 de julio de 2009⁴⁹).

4. DISTINCIÓN ENTRE LA EXCLUSIÓN DEL DERECHO Y DEL USO DEL DERECHO

Ha sido constante en la doctrina y en la jurisprudencia la distinción entre la entrega del derecho a la procreación y educación de la prole y el uso de ese derecho (*ius radicale* y *ius expeditum*). Esta distinción sobre la entrega/recepción del derecho y el simultáneo propósito de excluir o restringir su ejercicio o cumplimiento ya existía bajo la vigencia del Código Pío Benedictino basándose en textos de Sto. Tomás⁵⁰. Entonces y ahora, se sigue exponiendo en el *in iure* de estas sentencias rotales más recientes y, más adelante, se aplica y concreta en los *in facto*. Algunas sentencias distinguen entre derecho y uso del derecho en el matrimonio *in fieri* y en el matrimonio *in facto esse*, destacando su diverso valor y eficacia jurídica, según se trate de uno u otro.

Como es bien sabido, la distinción se realiza en base a entender que el ser de una cosa no depende de su uso, y que el derecho/obligación puede existir

⁴⁵ Sentencias c. Pinto, Reg. Colonien, de 19 de diciembre de 2008 (A 196/2008), c. Caberletti, Reg. Sardiniae seu Claritana, de 13 de enero de 2011 (A 1/2011) y c. Bottone, Reg. Insubris o Mediolanen, de 28 de enero de 2011 (A 12/2011).

⁴⁶ Sentencia c. De Angelis, Interreg Salernitani, de 26 de febrero de 2010 (A 26/2010).

⁴⁷ Sentencia c. De Angelis, Inter-Eparchilis Maronitarum seu Ioubben, de 28 de enero de 2011 (A 11/2011).

⁴⁸ Sentencia c. Defilippi, Reg. Montereyen, de 25 de junio de 2008 (A/ 112/2008).

⁴⁹ Sentencia c. Arokiaraj, Reg. Coloniensis (Köln), 14 julio 2009 (A 102/2009).

⁵⁰ SANTO TOMÁS, Supl. q. 49 a.4, a.5, a.6. Pueden verse a este respecto las siguientes aportaciones doctrinales: O. GIACCI., *Il consenso nel matrimonio canonico*, Milano 1983, 98-99; M. LOPEZ ALARCÓN, *El ius radicale y el ius expeditum en la simulación parcial del matrimonio*: IC 7 (1967) 245-262; V. REINA, *El consentimiento matrimonial. Sus anomalías y vicios como causas de nulidad*, Barcelona 1981, 89-92.

aunque no se haga uso del mismo. Y, aplicándolo en el derecho matrimonial, es claro que se puede entregar el derecho asumiendo la obligación respectiva en el momento de prestar el consentimiento matrimonial y sin embargo, no usar del mismo o/y no cumplir la obligación asumida.

Con anterioridad al vigente CIC, un sector muy limitado de la doctrina ya había impugnado la validez de esta teoría, arguyendo que la distinción entre derecho y ejercicio del derecho no es aplicable en la normativa jurídica del matrimonio; que el derecho al acto conyugal es derecho a su uso y a su ejercicio, y que la limitación del uso de los actos matrimoniales, implica de por sí la exclusión de los mismos derechos respectivos⁵¹. También con posterioridad y bajo la vigencia del actual CIC-83, se indica por buena parte de la doctrina que esa distinción no cabe en el matrimonio *in fieri* porque si, al prestar el consentimiento matrimonial, se concede un derecho cuyo uso se niega y rechaza es como no entregar nada, es negar el propio derecho. Esa distinción solo cabría hacerla en el matrimonio *in facto esse*, donde realmente sí sería posible distinguir entre el derecho, ya entregado, y la obligación, ya asumida, de su ejercicio y cumplimiento. O, en otros términos, en el matrimonio *in facto esse* es posible distinguir entre el *animus sese obligandi* y el *animus non implendi*⁵².

⁵¹ Cf. L. MIGUELEZ, *Comentarios al Código de Derecho Canónico. Vol II*. Madrid 1963, 619-620. Cita en la nota 38 sentencias rotales que tratan esta distinción: 23 de febrero de 1951 (en Periódica (1951), 219 ss.) y en Monitor (1951) III ss) y SRRD 36 (1941) 30, 330. Cita también a GASPARRI, CORONATA, WERNZ-VIDAL-AGUIRRE, D. STAFFA, *De iure et iuris exercitio relate ad bonum prolis*: Ephemerides iuris canonici (1951) 288-89; y RAGUSA, *Intentio contra bonum prolis*, 290-96.

⁵² F. AZNAR, F., o.c.p. 201 quien cita una c. Huber de 26 de noviembre de 1993: ARRT 85(1996) 725 n 5. En el mismo sentido C. PEÑA, se hace eco de que la doctrina y jurisprudencia mayoritaria ya no acoge esta distinción (Cf. C. PEÑA, *El matrimonio, Derecho y praxis de la Iglesia*, Madrid 2004, 275-276); I. BRIONES, menciona ambas posiciones doctrinales y jurisprudenciales (Cf. I. BRIONES, *Las causas de nulidad del consentimiento para conyugarse. Un estudio doctrinal, legislativo y jurisprudencial de Derecho Canónico y Derecho Civil*, Granada 2012, 137-139; y J. ORTIZ HERRAIZ, (Cf. J. JUSDADO RUIZ-M. A. CAPILLAS, (Dir) *Derecho matrimonial canónico y Eclesiástico del Estado*. Madrid 2006 111-112 y M. LOPEZ ALARCÓN y R. NAVARRO-VALLS, también aluden a esta distinción (Cf. M. LOPEZ ALARCÓN y R. NAVARRO-VALLS, *Curso de Derecho Matrimonial Canónico y Concordado*, Madrid 2010 7ª Ed, 240-241 nota 49 y 50), citando a este respecto, además del artículo de M. LÓPEZ ALARCÓN, *El ius radicale y el ius expeditum en la simulación parcial del matrimonio*: Ius Canonicum anteriormente citado; a E. GRAZIANI, *Ius ed exercitium iuris*: IDE, 1951, 252, ss; P. FEDELE, *L'ordinatio ad prolem nel matrimonio in Diritto canonico*,. Milano 1962, 458 ss; J. HERVADA, *El matrimonio "in facto esse". Su estructura jurídica*: IC, 151, nota 26; A. MOSTAZA, *La simulación en el Código de Derecho Canónico Pío Benedictino, de 1917 y en el de Juan Pablo II, recientemente promulgado*: REDC 1982, 478 ss; P. A. BONNET, *Introduzione al consenso matrimoniale canonico*. Milano 1985; A. BERNÁRDEZ, *Simulación parcial por exclusión de la prole*, en AA.VV, *Simulación matrimonial, en el Derecho canónico*. Pamplona 1994, 176 ss; P. J. VILADRICH, *El consentimiento matrimonial*. Pamplona 1998, 251, así como hasta diecinueve sentencias c. De Jorio relacionadas por M. WEGAN, *La distintion "ius et "usus iuris" dans la jurisprudence recente du Tribunal de la Rote*: REDC 1979, 96) y otras sentencias dictadas entre 1964 y 1972 c. Staffa y c. Lefebvre y c. Ewers.

La jurisprudencia rotal de estos últimos seis años, que he podido analizar, de forma mayoritaria recoge la distinción entre derecho y uso del derecho. Incluso, la sentencia c. Ferreira, de 8 de junio de 2011 anota que “una vez constituido el matrimonio puede aplicarse esa distinción entre la obligación asumida y su cumplimiento, pero no en el momento de contraerlo, ya que, en ese momento, no puede negarse el uso sin negar al mismo tiempo el derecho”⁵³.

Resumidamente y en relación con la distinción entre derecho y uso del derecho, creo que se pueden distinguir dos posturas en esta jurisprudencia reciente:

- a) Algunas sentencias admiten la distinción tradicional entre derecho y uso del derecho, explicándola en el *in iure* de forma más o menos amplia: Así, por ejemplo, una c. Bottone de 19 de enero de 2007 en la que se afirma que “únicamente hace nulo el matrimonio el rechazo absoluto de entregar a la otra parte el derecho, no el mero abuso en el ejercicio del derecho”⁵⁴; En otras c. Arokiaraj de 14 de julio de 2009 y 22 de julio de 2009, se indica que “la distinción, fundada en la doctrina de Sto Tomás, entre la exclusión del derecho y del ejercicio del derecho, ha sido recogida por el magisterio de la Iglesia (Pío XII, alocución a las comadronas en 1951)” y que (...) “el derecho mismo no admite interrupciones, ni condicionamientos, pero sí el uso o ejercicio del derecho”⁵⁵. Una c. Ciani de 9 de junio de 2009 reconoce que “siempre hay que distinguir entre negación del derecho y del uso del derecho, aunque generalmente esta distinción los contrayentes la desconocen, pero es frecuente que los contrayentes vayan al matrimonio con el propósito de evitar la prole, al menos por algún tiempo y es labor del juez aclarar qué significa jurídicamente ese propósito: negación del derecho o mero no uso del mismo. Para ello, la jurisprudencia ha establecido algunas presunciones según se trate de exclusión absoluta o condicionada, perpetua o temporal. Pero hay que tener siempre en cuenta que el derecho-deber que se da y recibe por el consentimiento matrimonial, de suyo, es perpetuo y no permite interrupciones del derecho mismo. De aquí la dificultad de determinar en cada caso a qué se refiere. La Jurisprudencia de nuestro tribunal es constante en afirmar que la perpetuidad y firmeza en mantener la exclusión de los hijos, constituye una presunción de que se ha negado el derecho

⁵³ Sentencia c. Ferreira, Reg. Latii seu Romana, de 8 de junio de 2011 (A 103/2011).

⁵⁴ Sentencia c. Bottone, Reg. Sardiniae seu Calaritana, de 18 enero 2007 (A 5/2007).

⁵⁵ Sentencia c. Arokiaraj, Reg. Coloniensis (Köln), de 14 julio 2009 (A 102/2009) y Sentencia c. Arokiaraj, Reg Latii seu Romana, de 22 de julio de 2009 (A 111/2009). Esta última recoge también las presunciones de la jurisprudencia.

mismo”⁵⁶. En una c. Sciacca de 24 de abril de 2009, se insiste en que “no debe confundirse la exclusión del derecho que hace nulo el consentimiento, con la exclusión temporal del derecho que funda una presunción fuerte de que sólo se ha excluido el uso del derecho”⁵⁷, y en otra de 13 de mayo de 2011, afirma que “hay que tener presente la conocidísima distinción, mil veces recordada y alegada, entre exclusión del derecho o sólo del uso del derecho”⁵⁸. Otras como la c. Defilipi de 2 de mayo de 2009 y 4 de junio de 2009, acertadamente indican que “estos principios son claros en teoría, pero en la práctica no es fácil saber si se negó el derecho o sólo el uso”⁵⁹. Finalmente, una c. Caberletti de 21 de febrero de 2012, se hace eco de los que rechazan esta distinción, anotando lo siguiente: “La doctrina teológico-canónica emplea la distinción entre el derecho y el uso del derecho, aunque hay algunos que rechazan esa distinción o afirman su fragilidad, en cuanto que es imposible dar un derecho del que nunca se puede hacer uso del mismo, absoluta y perpetuamente. Pero no puede negarse la utilidad práctica de esa distinción”⁶⁰.

En sentido muy semejante, analizando la distinción derecho-uso del derecho se pronuncian la mayoría de las sentencias⁶¹.

⁵⁶ Sentencia c. Ciani, Reg. Tribunal Regional Triveneti seu Victorien, de 9 junio 2009 (A 74/2009).

⁵⁷ Sentencia c. Sciacca, Reg. Umbri seu Civitatis Castelli, de 24 abril 2009 (A 51/2009).

⁵⁸ Sentencia c. Sciacca, Reg. Campani seu Napolitana, 13 mayo 2011 A 81/2011).

⁵⁹ Sentencia c. Defilippi, Reg. Latii seu Romana, de 2 mayo 2009 y Reg. Pedemontani seu Taurinen, de 4 de junio de 2009.

⁶⁰ Sentencia Trib. Reg. Insubris o Mantuana (Mantua) c. Caberletti., de 21 febrero 2012.

⁶¹ c. Ciani, Reg. Latii seu Romana, de 19 de julio de 2006 (A 107/2006); Reg Piceni seu Camerinen, de 29 de noviembre de 2006 (A 160/2006); Reg. Siculi seu Messanen, de 17 de enero de 2007 (A 3/2007); Reg. Insubris seu Brixien, de 7 de marzo de 2007 (A 28/2007); Reg Ligustici seu Clavaren, de 17 de octubre de 2007 (A 115/2007); Reg. Ligustici seu Ianuen, de 14 de diciembre de 2007 (A 156/2007); Reg Etrusci seu Arretina, de 3 de julio de 2008 (A 115/2008); Reg Amiliani seu Parmen, de 4 de diciembre de 2008 (A 181/2008); c. Defilippi Reg Etrusci seu Pitilianen, de 7 de julio de 2006 (A 102/2006); Reg Insubris seu Bergomen, de 22 de noviembre de 2007 (A 135/2007); Reg. Monterezen, de 25 de junio de 2008 (A 112/2008); Reg Katovicen, de 10 de julio de 2008 (A 119/2008); Reg Umbri seu Interamnen, de 18 de marzo de 2010 (A 49/2010); Reg. Apuli seu Tranen, de 23 de febrero de 2011 (A 31/2011); Reg Piceni seu Sancti Benedicti ad Truetum-RipanaMontis Alti, de 30 de marzo de 2011 (A 59/2011); Reg. Provinciae-Mediterraneae seu ForoIulien, de 14 de abril de 2011 (A 72/2011) y Apuli seu Baren, de 16 de noviembre de 2011 (A 155/2011); c. Turnaturi, Reg Insubris seu Cremonen, de 14 de diciembre de 2006 (A 167/2006); Reg Aemiliani seu Mutinen, de 21 de junio de 2007 (A 87/2007); Reg. Pedemontani seu Asten, de 19 de febrero de 2009 (A 17/2009) y Reg Latii seu Anagnina, de 14 de mayo de 2009 (A 60/2009); c. Caberletti, Reg. Viridimontanen, de 1 de febrero de 2007 (A 12/2007); Reg. Bogoten, de 30 de enero de 2008 (A 12/2008); Reg. Rzeszovien, de 12 de marzo de 2008 (A 44/2008); Reg. Sancti Sebastiani Fluminis Ianuarii, de 18 de marzo de 2009 (A 39/2009); Reg. Triveneti seu Patavina, de 23 de julio de 2009 (A 114/2009); Reg. Siculi seu Mazarien, de 15 de octubre de 2009 (A 124/2009); Reg. Campani seu Nolana, de 4 de marzo de 2010 (A 36/2010); Reg. Ligustici seu Spedien, de 10 de

- b) Otras sentencias no aluden a dicha distinción, o simplemente hacen una somera referencia directa o indirecta a que es ya conocida –sobre todo en los últimos años 2010 a 2012–, pero sí la aplican en el análisis de los *in facto* de la sentencia para intentar descubrir la verdadera voluntad de los contrayentes en el momento de prestar el consentimiento. Así, en una c. Caberletti de 30 de marzo de 2006, sin hacer referencia a derecho y uso del derecho, afirma que “la mera voluntad de no cumplir lo asumido no puede viciar el consentimiento”⁶², y otra de 13 de enero de 2011 indica que “el derecho que mutuamente se dan y se reciben puede darse sin el uso del mismo”⁶³. Una sentencia c. Erlebach de 10 de junio de 2010 y una c. Monier de 13 de julio de 2012 distinguen entre la negación absoluta del derecho a los actos procreativos y el mero retraso en tener hijos, que “puede ser consecuencia de la paternidad responsable”⁶⁴, o “de un abuso del Derecho”, como se indica en una c. Bottone de 28 de enero de 2011⁶⁵. En sentido semejante se pueden citar varias sentencias de diversos ponentes y años⁶⁶.

julio de 2012 (A 111/2012). En esta sentencia hace alusión al matrimonio virginal de María y José; c. Alwan, Reg. Provinciae Mediterraneae seu Foriulien, de 20 de abril de 2007 (A 46/2007); c. Sciacca, Reg. Pedemontani seu Taurinen, de 27 de abril de 2007 (A 54/2007); Reg. Sardiniae seu Templen, de 17 de octubre de 2008 (A 141/2008); Reg. Sosnovien, de 15 de mayo de 2009 (A 62/2009) y Triveneti seu Veronen, de 3 de diciembre de 2009 (A 159/2009); c. Bottone, Reg. Sardiniae seu Calaritana, de 18 de enero de 2007 (A 5/2007); Reg. Pedemontani seu Taurinen, de 10 de mayo de 2007 (A 58/2007); Reg. Pedemontani seu Taurinen, de, 19 de octubre de 2007 (A 116/2007); Reg. Rzeszovien, de 30 de octubre de 2007 (A 124/2007); Reg. Corcagien seu Limericien, de 30 de junio de 2009 (A 88/200); c. De Angelis, Reg. Montisvidei, de 8 de noviembre de 2007 (A 127/2007); Reg. Latii seu Romana, de 10 de diciembre de 2008 (A 184/2008); Reg. Sancti Sebastian Fluminis Ianuarii, de 2 de diciembre de 2009 (A 157/2009); c. Sable, Siculi seu Catanen, de 6 de diciembre de 2007 (A 148/2007); Reg. Latii seu Romana, de 10 de julio de 2008 (A 120/2008) y Reg. Insubris seu Brixien, de 31 de enero de 2008 (A 16/2008); c. Monier, Reg. Parisien, de 20 de julio de 2007 (A 104/2007) y Reg. Luganen, de 24 de octubre de 2008 (A 148/2008); c. Yaacoub, Reg. Pedemontani seu Taurien, de 16 de marzo de 2007 (A 33/2007); Reg. Etrusci seu Aretina, de 26 de noviembre de 2008 (A 176/2008) y Reg. Umbri seu Civitatis Castell, de 28 de octubre de 2009 (A 138/2009); c. Arokiaraj, Reg. Aemiliani seu Parmen, de 24 de abril de 2008 (A 73/2008) y Reg. Apuli seu Lycien, de 4 de junio de 2009 (A 70/2009); c. Pinto, Reg. Carolinana, de 13 de noviembre de 2009 (A 146/2009); c. Ferreira, Reg. Etrusci seu Arretina, de 1 de julio de 2011 (A 118/2011).

⁶² Sentencia c. Caberletti, Reg. Sancti Salvatoris in Brasilia, de 30 de marzo de 2006 (A 42/2006).

⁶³ Sentencia c. Caberletti, Reg. Claritana, de 13 de enero de 2011 (A 1/2011). De forma semejante, otra de este ponente, Reg. Latii seu Romana, de 22 de abril de 2010 (A 73/2010) y Reg. Ligurici seu Ventimilien, de 6 de mayo de 2010 (A 73/2010).

⁶⁴ Sentencias c. Erlebach, Reg. Etrusci seu Lucen, de 10 de junio de 2010 (A 98/2010) y c. Monier, Reg. Campani seu Nolana, de 13 de julio de 2012 (A 117/2012).

⁶⁵ Sentencia c. Bottone, Reg. Insubris seu Mediolanen, de 28 de enero de 2011 (A 12/2011).

⁶⁶ Sentencia c. Bottone, Reg. Apuli seu Melphicten, de 2 de febrero de 2010 (A 13/2010); Reg. Apuli seu Baren, de 4 de marzo de 2010 (A 37/2010); Reg. Nitriensis, de 16 de marzo de 2010 (A 45/2010); Reg.

En conclusión, puede decirse que en las distintas sentencias analizadas, se ve que se acude a esta distinción para intentar solventar la dificultad que supone siempre determinar qué se acepta y qué se excluye en cada caso. Esta dificultad da paso al intento de establecer determinados criterios prácticos y presunciones que ayuden a esa clarificación, pero sin absolutizarlos, sino analizando cada caso en concreto y entendiéndose que, en caso de duda, por aplicación del *favor iuris*, se estimará siempre que las limitaciones o exclusiones se refieren al uso del derecho.

5. DISTINCIÓN ENTRE EXCLUSIÓN ABSOLUTA Y PERPETUA, *AD LIBITUM* Y EXCLUSIÓN TEMPORAL

La doctrina y jurisprudencia analizan jurídicamente si la exclusión de los actos procreativos tiene naturaleza perpetua y/o absoluta, que equivale a la exclusión del derecho mismo y provoca la nulidad del matrimonio, o por el contrario, si se trata de un mero retraso temporal en el uso, o abuso, del derecho, mutuamente otorgado entre los contrayentes, en cuyo caso no afecta a la validez del consentimiento. Para ayudar en la determinación de la exclusión perpetua o temporal, se han establecido algunas presunciones que luego, en los *in facto*, se analizan para ver si existe o no prueba en contrario.

Insubris seu Comen, de 10 de noviembre de 2011 (A 150/2011); c. Verginelli, Reg. Latii seu Romana, de 10 de noviembre de 2006 (A 144/2006); Insubris seu Comen, de 9 de noviembre de 2007 (A 128/2007); Reg. Aemiliani seu Mutinen, de 11 de julio de 2008 (A 126/2008); c. Serrano, Reg. Latii seu Romana, de 7 de julio de 2006 (A 98/2006); c. Pinto, Reg. Triveneti seu Veronen, de 20 de octubre de 2006 (A 127/2006); Reg. Colonien, de 19 de diciembre de 2008 (A 196/2008); Insubris seu Cremonen, de 27 de marzo de 2009 (A 46/2009), Reg. Aemiliani seu Regien, de 17 de junio de 2011 (A 109/11); c. Monier, Reg. Latii seu Romana, de 16 de febrero de 2007 (A 21/2007); Reg. Apuli seu Tarentina, de 8 de junio de 2007 (A 78/2007); Reg. Sardiniae seu Arboren, de 30 de mayo de 2008 (A 96/2008); Reg. Sardiniae seu Arboren, de 3 de octubre de 2008 (A 136/2008); Reg. Sardiniae seu Calaritana, de 28 de noviembre de 2008 (A 177/2008); Reg. Insubris seu Mediolanen, de 28 de mayo de 2010 (A 85/2010); Reg. Triveneti seu Patavina, de 15 de diciembre de 2011 (A 182/2011); c. Huber, Reg. Pedemontani seu Novarien, de 13 de diciembre de 2007 (A 151/2007); c. Sciacca, Reg. Triveneti seu Tarvisiana, de 1 de febrero de 2008 (A 18/2008); Reg. Latii seu Romana, de 22 de enero de 2010 (A 1072010); Reg. Insubris seu Cremonen, de 3 de junio de 2011 (A 101/2011); c. Alwan, Reg. Etrusci seu Florentina, de 13 de mayo de 2008 (A 82/2008) y Reg. Apuli seu Sancti Severi, de 8 de marzo de 2011 (A 9/2011); c. McKay, Reg. Aemiliani seu Carpen, de 14 de julio de 2009 (A 103/2009); c. De Angelis, Reg. Salernitani, de 9 diciembre 2009 (A 163/2009); Reg. Salernitani, de 25 de febrero de 2010 (A 26/2010) c. Jaeger, Reg. Etrusci seu Pisana, de 18 de junio de 2012 (A 93 /2012); c. Yaacoub, Reg. Maltesis, de 16 de febrero de 2011 (A 24/2011); Reg. Etrusci seu Arretina, de 30 de noviembre de 2011 (A 166/2011) y Ligutici seu Claveren, de 17 de marzo de 2010 (A 47/2010); c. Erlebach, Reg. Etrusci seu Lucen, de 10 de junio de 2010 (A 98/2010); c. Ferreira, Reg. Etrusci seu Arrentina, de 1 de julio de 2011 (A 118/2011); Insubris seu Viglevanen, de 18 de abril de 2012 (A 61/2012); c. Arellano, Reg. Aemiliani seu Mutinen, de 21 de julio de 2011 (A 131/2011), Reg. Latii seu Romana, de 12 de enero de 2012 (A 3/2012); c. Boccafolo, Reg. Etrusci Seu Praten, de 3 de marzo de 2011 (A 37/2011) y Reg. Ligustici seu Savonen, de 21 de junio de 2012 (A 97/2012).

En esta reseña, meramente ejemplificativa, de sentencias que me han parecido más singulares, por el hecho a que se refiere o por el tratamiento jurídico que se le da, me fijo y recojo, en sus principales rasgos, los casos a que se refiere la sentencia analizada. O en otros términos, me fijo más en los *in facto* que en el *in iure*. Lo hago así pensando que la exposición sumaria de los supuestos concretos a los que las sentencias se refieren, pueden ser de mayor utilidad en la tramitación procesal de los casos que se nos presentan en nuestros Despachos. Ciertamente que no hay dos casos totalmente idénticos, pero sí hay muchos con gran parecido. Y esto puede sernos muy útil y sugerente. Repito que se trata de una relación puramente ejemplificativa. Para mayor claridad, aunque no con absoluta precisión, agrupamos los casos, en torno a la temática y las circunstancias que presentan.

Pasemos a reseñar los supuestos que hemos visto y las presunciones establecidas:

1º Exclusión absoluta y perpetua o *ad libitum* (condicionada)

Como se ha indicado más arriba, la exclusión tendrá carácter absoluto o perpetuo, si por la radicalidad, o por su carácter prevalente, o por establecerse en forma de pacto, o a modo de condición, se deduce que se ha excluido el propio derecho a los actos conyugales abiertos a la generación. Las sentencias analizadas, determinan que la exclusión tiene esta naturaleza y, por tanto, es irritante si:

1.1. Se vincula a un hecho futuro indeterminados

Si el hecho de la procreación se vincula a un hecho futuro e indeterminado, como por ejemplo, una buena evolución del matrimonio⁶⁷, o la complementariedad en los modos de ser de la pareja, o la falta de amor y otros hechos futuros e hipotéticos. En estos casos no suele haber hijos. Así, una c. Turnaturi, de 14 de diciembre de 2006⁶⁸, nos presenta un matrimonio (que apenas duró tres años) y que fue siempre infeliz. La razón que alegó el esposo para no tener hijos, era de tipo económico. Pero no se prueba que fuera esa la causa, porque ante la insistencia de ella de tener hijos, él le confiesa que lo que le movió a casarse no era que estuviese enamorado, sino que le urgía abandonar la casa paterna y aunque afirma que no quería tener hijos porque “huelan mal, son sucios y son impedimento para la vida profesional y son siempre un proble-

⁶⁷ Véase Sentencia c. Serrano, Reg. Latii seu Romana, de 7 de julio de 2006 (A 98/2006) en la nota 19.

⁶⁸ Sentencia c. Turnaturi, Reg. Insubris seu Cremonen, de 14 de diciembre de 2006 (A 167/2006).

ma que te cambia la vida”, la sentencia asegura que esas eran afirmaciones suyas, que no revelaban la verdadera causa de su oposición a tener hijos. La verdadera causa era la falta de amor a ella y que la relación entre ellos no era la adecuada para abrirse a la existencia de un matrimonio con hijos, ya que no estaba enamorado de ella y tenía muchas dudas del éxito de su matrimonio, ya que se casó por probar; otra c. Ciani, de 7 de marzo de 2007⁶⁹, también afirmativa de la nulidad, indica que las dificultades de convivencia se prolongaron durante siete años, pero la intención de la mujer fue siempre excluir la prole perpetua y absolutamente, y para ello usó siempre anticonceptivos; la sentencia c. Sable de 6 de diciembre de 2007⁷⁰ nos presenta el caso de un largo noviazgo y de un pacto entre los esposos de divorciarse y de no tener hijos, dadas las diferencias de manera de ser entre ellos que ya habían aparecido antes de la boda; una c. Alwan de 20 de abril de 2007⁷¹, plantea un caso de nulidad de un matrimonio de dos años de duración, aunque el proceso de nulidad lo inicia el esposo cuando ya habían pasado 26 años de la ruptura, en el que se logra probar la exclusión, pese a que la mujer lo único que afirmaba era la “exclusión temporal” y condicionada a que mejorase la situación económica del matrimonio, pero los testigos favorecían la afirmación del varón sobre la exclusión absoluta y lo mismo indicaban las circunstancias que concurrían: el uso de medios anticonceptivos y un aborto voluntario tras el matrimonio; una c. Huber de 13 de diciembre de 2007⁷², se refiere a un matrimonio en el que, tras un noviazgo de 6 años y por insistencia de la familia, se casan, pero el esposo ya tenía dudas porque había conocido a otra mujer por lo que, por esa falta de amor, las relaciones sexuales fueron escasísimas durante los 3 años de convivencia, y evitando que fueran fecundas; una c. Sable de 10 de julio de 2008⁷³, aborda un interesante caso de exclusión de la prole condicionado a sentirse liberada del trauma psicológico del aborto provocado en una relación anterior y poder tener un hijo en un contexto de amor muy diferente de aquella traumática experiencia, por lo que se trata de una exclusión por tiempo indeterminado, pero de modo absoluto; una c. Turnaturi de 19 de febrero de 2009⁷⁴, reconoce una exclusión de la prole por parte de la esposa, quien había pretendido una convivencia prenupcial, condicionada a la seguridad de la unión y la madurez del esposo quien, además, padecía algunos problemas físicos; una c

⁶⁹ Sentencia c. Ciani, Reg. Siculi seu Messanen, de 17 de enero de 2007 (A 3/2007).

⁷⁰ Sentencia c. Sable, Reg. Siculi seu Catanen, de 6 de diciembre de 2007 (A 148/2007).

⁷¹ Sentencia c. Alwan, Reg. Provinciae Mediterraneae seu Foriulien, de 20 de abril de 2007 (A 46/2007).

⁷² Sentencia c. Huber, Reg. Pedemontani seu Novarien, de 13 de diciembre de 2007 (A 151/2007).

⁷³ Sentencia c. Sable, Reg. Latii seu Romana, de 10 de julio de 2008 (A 120/2008).

⁷⁴ Sentencia c. Turnaturi, Reg. Pedemontani seu Asten, de 19 de febrero de 2009 (A 17/2009).

Defilippi, de 23 de febrero de 2011⁷⁵, trata del matrimonio de un ex seminarista italiano, luego distanciado de la fe católica, que habría preferido una unión *more uxorio* o un matrimonio meramente civil, y aunque el matrimonio dura dos años, siempre usaron anticonceptivos y él no guardó la fidelidad. La sentencia indica que aunque ella tenía una tendencia hacia la maternidad, llega a excluir los hijos hasta un futuro indeterminado. Afirma que no puede negarse que el demandante, en el tiempo que precede al matrimonio, ofrecía datos, en su vida y personalidad, que explican la exclusión, al menos como causa remota, ya que cultivaba un concepto del matrimonio como algo que dependía sólo de la voluntad del hombre y de la mujer. Esto lo confirman los testigos. Otra sentencia afirmativa de la exclusión de la prole por haber sido prevista una dilación a tiempo indeterminado, es una c. Monier, de 13 de mayo de 2011⁷⁶, de un matrimonio de italianos, de dos años de duración, en la que la esposa se sentía considerada por el esposo como una “hacedora de hijos” y confiesa que excluyó los hijos por un tiempo indeterminado, porque tenía dudas por lo que había oído sobre la personalidad del demandante y su dependencia de su padre, por eso rehusó tener hijos y usó de medios anticonceptivos, sin decirle nada a él. Como último ejemplo, señalamos una c. Arellano, de 12 de enero de 2012⁷⁷, sobre un matrimonio italiano, de dos años de duración, en el que la esposa es mayor que el esposo, y la relación no va bien desde el comienzo debido a que el esposo tiene una relación afectiva con otra mujer y se niega a tener hijos, por lo que son escasos los actos conyugales y usa el preservativo.

1.2. Si la prole pedida por una de las partes es tenazmente denegada por otra

Esta modalidad la encontramos, entre otras, en las siguientes sentencias: En una c. Alwan de 13 de mayo de 2008⁷⁸ sobre un matrimonio de italianos de 6 años de duración, en el que la esposa afirmó ante amigos que “solo tendría hijos cuando ella los desease y ella decidiese” y, ante la petición del esposo, ella se negó cada vez con más firmeza, usando anticonceptivos y amenazando con un aborto en el caso de quedar embarazada; otra c. Monier de 24 de octubre de 2008⁷⁹, relativa a un matrimonio entre suizo y polaca, con una convivencia de seis años y en el que se considera probado que la continua negativa de ella a los hijos que él le pedía, equivale a que no entregó el derecho sino que se lo

⁷⁵ Sentencia c. Defilippi, Reg. Apuli seu Tranensis-Barolensis-Bigiliensis, de 23 de febrero de 2011 (A 31/2011).

⁷⁶ Sentencia c. Monier, Reg. Pedemontano seu Torinense, de 13 de mayo de 2011 (A 82/2011).

⁷⁷ Sentencia c. Arellano, Reg. Latii seu Romana, de 12 de enero de 2012 (A 3/2012).

⁷⁸ Sentencia c. Alwan, Reg. Etrusci seu Fiorentina, de 13 de mayo de 2008 (A 82/2008).

⁷⁹ Sentencia c. Monier, Reg. Luganen, de 24 de octubre de 2008 (A 148/2008).

reservó; en otra c. Bottone de 30 de junio de 2009⁸⁰, sobre un matrimonio de irlandeses cuya convivencia se prolonga por cuatro años, se afirma la exclusión de la prole porque durante todo el tiempo de matrimonio, la esposa negó a la otra parte los actos aptos para engendrar hijos.

1.3. Si usan permanentemente medios anticonceptivos o precede una vasectomía

Esta circunstancia ya la hemos visto señalada, como presunción válida en la prueba de la exclusión absoluta del *bonum prolis*. Aducimos algunos otros ejemplos. Una c. Bottone de 28 de enero de 2011⁸¹, se refiere al caso de un matrimonio italiano en que los contrayentes se conocen desde la infancia porque pertenecían al Oratorio de la misma Parroquia de Milán. Los padres de ella no ven con buenos ojos el matrimonio y, poco a poco, las objeciones familiares fueron calando en ella, que comenzó a dudar sobre la conveniencia de la boda, hasta el punto de desear un accidente que retrasara la boda. La convivencia conyugal duró casi cuatro años y estuvo llena de incomprensiones. Él comenzó a pedirle un hijo y ella se negó y fue constante en tomar la píldora que ya venía usando antes del matrimonio. Una c. Defilippi, de 25 de junio de 2008⁸², aborda el caso curioso y singular de un matrimonio norteamericano que, cuando se conocen y comienzan el noviazgo, los dos tienen impedimento de vínculo ya que habían contraído sendos matrimonios canónicos, y él, ya a los 21 años se había sometido a la vasectomía para evitar dejar embarazada a ninguna mujer, pero aceptó, como un don, los dos hijos que aportaba su mujer de su anterior matrimonio. Sin embargo, en el proceso de nulidad él es constante en declarar que excluyó absolutamente tener hijos con ella. Y, cuando por el trato con un sacerdote, comienza una vida cristiana más sincera, no accedió a las sugerencias de éste de someterse a una intervención quirúrgica que anulase la vasectomía.

1.4. Si con la exclusión de la prole concurre la exclusión de la indisolubilidad

En el caso de que junto a una exclusión de la prole concorra una exclusión de la indisolubilidad, las sentencias examinadas presumen que se excluye el derecho mismo. Y así estaríamos ante un matrimonio nulo por dos capítulos:

⁸⁰ Sentencia c. Bottone, Reg. Corgagien seu Limericien, de 30 de junio de 2009 (A 88/2009).

⁸¹ Sentencia c. Bottone, Reg. Insubris seu Mediolanen, de 28 de enero de 2011 (A 12/2011).

⁸² Sentencia c. Defilippi, Reg. Monterezen, de 25 de junio de 2008 (A 112/2008).

prole e indisolubilidad. En una c. Arokiaraj de 22 de julio de 2009⁸³, sobre un matrimonio de un año de duración, en el que la esposa era alcohólica, quedó bien probada la exclusión de la indisolubilidad, confirmando el uso permanente y tenaz de anticonceptivos también la exclusión de la prole. Semejante a ella es una c. Bottone de 2 de febrero de 2010⁸⁴ que es afirmativa por exclusión de la indisolubilidad, la prole y la fidelidad: Es el caso de un noviazgo de diez años, aunque no se ven mucho porque él es ferroviario y sólo tiene libre algunos fines de semana. Contraen matrimonio en abril de 2005. La relación que había ido bien, se deteriora de tal modo, que si no hubiese estado todo preparado para la boda, él no se hubiese casado y fue al matrimonio en contra de su voluntad. El matrimonio fue un fracaso y sólo duró cuatro meses, hasta que ella abandona el domicilio conyugal y se marcha con un primo de él, que estaba casado y tenía dos hijos y con el que ya había iniciado una relación. La exclusión de la prole por el demandante aparece claramente en su declaración en la que afirma que meses antes del matrimonio ella se había vuelto intratable y que sólo pensaba en su madre enferma, pero, sobre todo, lo más importante era la muy extraña la relación con su primo. Ante esta realidad, él, que siempre había pensado tener hijos, si no en seguida, sí dentro de unos años, ante el cambio efectuado, decide absolutamente no tener hijos con ella. Así lo confirman los testigos y colegas del demandante.

También se podría incluir en este apartado, aunque no se trata explícitamente de la conexión entre exclusión de la prole y de la indisolubilidad, una c. De Angelis, de 28 de enero de 2011⁸⁵, relativa al matrimonio de dos libaneses maronitas, sin hijos y de menos de un año de duración, en el que inicialmente se invoca el capítulo de condición, según los cánones del Código de las Iglesias Orientales. Él narra el extraño episodio de refugiarse en un hospital, fingiéndose enfermo, para no contraer matrimonio. Se especifica que tampoco cumplió con la costumbre de llevar a la mujer a un hotel para consumar el matrimonio, ni lo inscribieron en el Registro civil. Ella, en su declaración, asegura que, antes del matrimonio, habían hablado de contraer una unión permanente, pero que sus familiares le avisaron por teléfono que él tenía una relación con otra mujer. La contradicción entre ellos también es total en lo que se refiere a la consumación del matrimonio y el uso de anticonceptivos. Sobre la exclusión de la prole por parte del varón, la sentencia afirma que el tribunal de 2ª Instancia concedió la nulidad por este capítulo ya que, de los datos aportados, se deducía la intención de no tener hijos y que la motivación para ello en el varón no era otra que la de poder separarse de la mujer, porque se trataba de un rechazo

⁸³ Sentencia c. Arokaraj, Reg. Latii seu Romana, de 22 de julio de 2009 (A 11/2009).

⁸⁴ Sentencia c. Bottone, Reg. Apuli Seu Melphicten, de 2 de febrero de 2010 (A 13/2010).

⁸⁵ Sentencia c. De Angelis, Trib Intereparquial de los Maronitas o Ioubbensis, Sarnensis y Tuniensis, de 28 de enero de 2011 (A 11/2011).

de la persona. Otra sentencia c. Monier, de 15 de diciembre de 2011⁸⁶, aborda nuevamente la conexión entre ambas exclusiones, en un matrimonio italiano, de un año de duración, en el que siempre usan medios anticonceptivos y, en una ocasión que ella quedó embarazada, él le propuso abortar, dado que estaba convencido de que ella era incapaz de cuidar a los hijos.

1.5. *Se provoca el aborto voluntario*

También este lamentable dato aparece en las modalidades de exclusión de la prole ya examinadas. Como complemento aducimos aquí, una c. Alwan, de 20 de abril de 2007⁸⁷ relativa a un matrimonio de argelinos de dos años de duración con un aborto voluntario, en el que la mujer arguye que realizó una exclusión temporal y condicionada a que mejorase la situación económica del matrimonio; pero el tribunal entiende que el uso de medios anticonceptivos y el aborto voluntario, junto con la negativa a tener hijos, recién celebrado el matrimonio y luego tenazmente mantenida, prueba la exclusión del derecho a los actos que son aptos para engendrar los hijos. En otra c. Monier de 20 de julio de 2007⁸⁸ se aborda el caso de un matrimonio de franceses al que precede un noviazgo interrumpido por ella, porque no se sentía enamorada, aunque hubo un embarazo antes de la boda. Como ella es consciente de que no le ama, durante el viaje de novios en Suiza, la esposa aborta voluntariamente y durante los dos años que dura la convivencia siempre utilizó anticonceptivos. También otra c. Pinto de 17 de junio de 2011⁸⁹, presenta el caso de un matrimonio italiano de seis años de duración, sin hijos, pero con dos embarazos y dos abortos provocados porque él siempre excluyó los hijos debido a su mala experiencia infantil y a su convicción de que un hijo es el final de la unión perfecta entre un hombre y una mujer. Usaron siempre anticonceptivos, pero cuando éstos fallaron recurrieron al aborto.

Finalmente, queremos hacer una especial mención a una sentencia c. Caberletti, de 13 de enero de 2011⁹⁰, que aborda el excepcional caso de un matrimonio italiano, en el que tanto él como ella son médicos. El matrimonio dura 30 años y tienen dos hijos. En los *in facto* de la sentencia, se expone que la gran objeción en esta causa por exclusión de la prole, son los dos hijos habidos en

⁸⁶ Sentencia c. Monier, Reg. Triveneti seu Patavina, de 15 de diciembre de 2011 (A 179/2011).

⁸⁷ Sentencia c. Alwan, Reg. Provinciae Mediterraneae Seu Friulien, de 20 de abril de 2007 (A 46/2007).

⁸⁸ Sentencia c. Monier, Reg. Parisien, de 20 de julio de 2007 (A 104/2007).

⁸⁹ Sentencia c. Pinto, Reg. Aemiliani Seu Regien, de 17 de junio de 2011 (A 109/2011).

⁹⁰ Sentencia c. Caberletti, Reg. Sardiniae seu Calaritana, de 13 de enero de 2013 8 A 1/2011). Puede verse un comentario de esta sentencia realizado por C. PEÑA GARCÍA, ¿Declaración de nulidad por exclusión del bonum prolis a pesar de la efectiva generación de la prole? A propósito de la sentencia rotal c. Caberletti de 13 de enero de 2011: IC 54(2014) 277-292.

el matrimonio y la duración del mismo. Curiosamente no se cuestiona, sin embargo, el inseguro método de contracepción utilizado durante el matrimonio (Ogino-Knaus), posiblemente por la certeza subjetiva que sobre la seguridad del mismo podrían tener ambos esposos, médicos de profesión. Los jueces de 1ª Instancia no lograron convencerse de que el demandado decía la verdad en sus repetidas declaraciones en las que afirmaba que él no había excluido los hijos ni los otros bienes del matrimonio, apoyado por el testimonio de su madre y hermana. Tampoco les convenció la refutación que la demandante hizo de las declaraciones del demandado, acusándole de no cumplir sus deberes religiosos, ni sus obligaciones con los hijos. La demandante es constante en afirmar que el demandado, ya antes del matrimonio había manifestado su exclusión de los hijos y es importante la declaración de un sacerdote, capellán del hospital en el que trabajaban los dos, que había recibido las confidencias de la esposa en tiempo no sospechoso. De las declaraciones de la demandante y sus testigos en 1ª Instancia se deduce el carácter de él como una persona egoísta y que sólo va a los suyos. De la cuidada instrucción en la segunda instancia se deducen más características de la personalidad del demandado. Estas cualidades revelan una personalidad lejana a admitir tener hijos. Además, ante la Rota, el demandado reconoce la exclusión y explica su cambio de actitud respecto de la primera instancia. Pero en contra de esto, está el hecho del nacimiento de sus dos hijos que se explican así: el nacimiento del primero se debió a que ellos seguían el método Ogino-Knaus y, a causa de un accidente de tráfico, ella sufrió unas anomalías en su ciclo menstrual y es concebido cuando ella creía que era infértil. Es muy significativa la reacción del esposo, contraria al hijo, y el poco amor que siente por él. También fue inesperada la hija, ya que una ginecóloga le había asegurado que no podía quedar embarazada a causa de fibromas en el útero. El cariño del demandante por su hija podría indicar una convalidación implícita, pero es algo que pertenece ya al matrimonio *in facto esse*. La mentalidad de librepensador no confirma, además, esa posibilidad. En conclusión, el tribunal concede la nulidad por exclusión de la prole.

2º) Exclusión temporal o *ad tempus*

Esta exclusión no provoca la nulidad del matrimonio, si los contrayentes entregan el derecho y solo regulan su uso o ejercicio, dilatando la generación de los hijos en el tiempo por cuestiones profesionales, económicas, de salud, acontecimientos familiares, etc. En estos supuestos, se presume que solo limitan el uso, con independencia de la licitud moral del método utilizado. Como se ha anotado con precisión, el recurso a los periodos de infecundidad, con respeto a la necesaria conexión a los significados unitivo y procreativo del acto conyugal, podría ser entendido como una paternidad responsable, salvo que

se decidiera no procrear a ningún hijo utilizando estos métodos o se negase el derecho a pedir la procreación también en otros tiempos⁹¹.

De todas las sentencias negativas de la nulidad o pro vínculo analizadas, por entender el Tribunal que se ha tratado de una mera dilación temporal, bien porque así lo haya manifestado la parte supuestamente simulante, bien porque haya contradicción entre las confesiones de los esposos que impida despejar la duda sobre si la auténtica intención de los contrayentes fue retrasar la prole o excluirla, bien porque falte o no se acredite la *causa simulandi* o/y su gravedad, destacamos las siguientes y las agrupamos según la nota específica que sobresale en ellas:

2.1. *Exagerado distanciamiento temporal entre el matrimonio (fracasado) y la petición de nulidad canónica*

En la sentencia c. Caberlettí, de 14 de diciembre de 2006⁹², la causa se inicia por el varón treinta y cinco años después de la separación conyugal y cincuenta y tres del matrimonio. Por consiguiente, dice el ponente, nadie puede extrañarse de la pobreza de las pruebas. En las Actas falta la confesión judicial o extrajudicial de simulación, ni aparece la causa próxima o remota de la misma. Con todo, las partes están de acuerdo en afirmar que evitaron la prole durante los primeros años de convivencia conyugal, aunque el demandante más que a excluir se refiere a retrasar. La mujer afirma que estuvieron de acuerdo en retrasar el nacimiento de los hijos, hasta que él se viese libre del servicio militar y que en años posteriores hicieron lo posible por tener hijos. De estas declaraciones se deduce que, al dar el consentimiento, ni por parte de él, ni de ella excluyeron el derecho a los actos conyugales. El mero silencio no es prueba de la exclusión. La sentencia de 1ª Instancia a lo más que llega es a una voluntad interpretativa. Pero el uso constante de anticonceptivos tampoco es prueba convincente y no se conoce la razón por la que durante diez años de convivencia no tuviesen hijos. El fracaso del matrimonio de ninguna manera se debió este motivo, sino a las dudas de él sobre el lesbianismo de ella.

2.2. *Cambio en la intención de no tener hijos*

La sentencia c. Yaacoub, de 16 de marzo de 2007⁹³, nos presenta un matrimonio de siete años de duración que inicialmente fue bien pero que comenzó

⁹¹ M. LOPÉZ ALARCÓN- R. NAVARRO VALLS, *o.c.*, p. 245. Sobre las presunciones relativas a la exclusión temporal y condicionada de la prole, véase también C. PEÑA GARCÍA, *La exclusión del bonum prolis*: Forum Canonicum, vol IV/1-2 (2009) 90-96.

⁹² Sentencia c. Caberletti, Reg. Philadelphien, de 14 de diciembre de 2006 (A 171/2006).

⁹³ Sentencia C. Yaacoub, Reg. Pedemontani seu Taurinen, de 16 de marzo de 2007 (A 33/2007).

a empeorar precisamente por la ausencia de hijos. En los in facto, el ponente explica que el demandante tiene a su favor buenos informes del párroco y sacerdotes y es él quien asegura que la mujer excluyó de modo absoluto y perpetuo los hijos, primeramente dilatando en el tiempo su posibilidad y, luego, de manera absoluta, ya que aseguraba que no le interesaban los hijos. Pero, al mismo tiempo, afirma que creyó que ya antes del matrimonio había cambiado de intención. Lo cual indica, más bien, que su intención de excluir no era tan absoluta, sino que más bien se refería a retrasar los hijos. Los testigos es esto mismo lo que afirman. Por tanto, las declaraciones del demandante y los testigos no prueban la voluntad absoluta y perpetua de excluir los hijos por parte de la mujer. El motivo para contraer fue ciertamente el deseo de la mujer de dejar la casa paterna y no vivir sometida a sus padres. Ya antes del matrimonio comenzó a tomar anticonceptivos y así continuó después del matrimonio y cuando ella no había tomado la píldora, él usaba el preservativo. Pasado un tiempo, el varón deseaba tener un hijo, pero ella estaba titubeante y aunque tuvieron relaciones conyugales abiertas a la generación, ella no quedó embarazada.

2.3. Dudas en las declaraciones

En la sentencia c. Defilippi, de 22 de noviembre de 2007, se plantea la duda sobre el valor de las declaraciones que intentan probar la nulidad. Se trata de un matrimonio de ocho años de duración, en el que, al menos ella, se casa por amor. Sólo se prueba la exagerada juventud de ella y su interés, sobre todo, en consolidarse profesionalmente. En sus declaraciones, primeramente asegura que no se habían planteado la cuestión de los hijos antes del matrimonio, después declara que su propósito era sólo retrasarlos y, finalmente, asegura que jamás se consideró madura para tomar la decisión de tener hijos y que siempre en sus relaciones conyugales habían usado el preservativo o ella había tomado la píldora. Son muchas las dudas que provocan estas declaraciones. Lo mismo hay que afirmar de las declaraciones de él y de los testigos. En conclusión: no se llega a la certeza moral de la nulidad por exclusión de la prole, por parte de la mujer. También en la sentencia c. Bottoni, de 2 de octubre de 2008⁹⁴, se duda de la razonable objetividad de las declaraciones. Se trata de dos católicos practicantes miembros de Comunión y Liberación pero con caracteres muy distintos: ella dominante, intransigente y poco flexible; él lo contrario. Ella va con dudas al matrimonio, dada la diversidad de maneras de ser. Después de un año de matrimonio, esperando que un hijo remediase sus divergencias, ella queda embarazada, pero tiene un aborto espontáneo. Se separan de he-

⁹⁴ Sentencia c. Bottoni, Reg. Insubris seu Mediolanem, de 2 de octubre de 2008 (A 134/2008).

cho y luego civilmente. En los *in facto*, el ponente indica que no se prueba la exclusión de la indisolubilidad y mucho menos la exclusión de la prole. Las mismas declaraciones de ella son contradictorias: afirma en 1ª Instancia que contrajo matrimonio para tener hijos y en segunda instancia, ante el resultado negativo de la primera, afirma que su exclusión es anterior al matrimonio. El uso de anticonceptivos es por prescripción médica y por otras razones que las de evitar los hijos y el aborto fue espontáneo y no voluntario.

2.4. *Simple promesa no cumplida y propósito solo de retrasar la prole*

La sentencia C. Bottone, de 30 de junio de 2009⁹⁵, se refiere a un matrimonio italiano, celebrado a pesar de la diferencia cultural: ella es psicóloga y él es albañil. Mantienen un noviazgo durante cuatro años. Él promete reiniciar los estudios. Con esta esperanza contraen matrimonio en 1997. La convivencia diaria les resulta dura. Ella encuentra dificultades para ejercer su profesión de psicóloga y trasladan el domicilio a otra ciudad. Viven en casa de la familia de ella. Él se negó a reiniciar los estudios y ante esta promesa incumplida, ella se niega a tener hijos y toma las correspondientes precauciones para no quedar embarazada. En el *in facto*, el ponente anota que la demandante insiste en la diferencia de cultura y en la promesa, no cumplida, de que él reiniciase los estudios, ya que a este hecho ella había condicionado la posibilidad de tener hijos. Lo mismo afirman los testigos. De lo actuado y probado sólo se deduce que la demandante contrajo matrimonio con la voluntad condicionada. La exclusión absoluta es post nupcial. La sentencia c. De Angelis, de 2 de diciembre de 2009⁹⁶, aborda el caso de un matrimonio de brasileños, de siete años de duración (la misma que el noviazgo). Él es oficial de marina y ella jurista. En 1981 contraen matrimonio que dura siete años. No tienen hijos. En 1988 se separan. La demandada, por escrito, confiesa su voluntad de retrasar los hijos y afirma que si el matrimonio no hubiese fracasado, los habría tenido. También declara que él, por su profesión militar, apenas estaba en casa y que ella vivía volcada en sus estudios de Derecho. La causa del deterioro de su relación conyugal es clara: durante los primeros cinco años, vivieron casi continuamente separados. La responsabilidad es de ambos. El demandante ciertamente deseaba los hijos y sospecha que la intención manifestada por ella de retrasarlos, era propiamente de excluirlos. La mujer negó al varón en varias ocasiones tener relaciones conyugales. No puede olvidarse que ella, que contrajo otro matrimonio tras la separación, tampoco en ese matrimonio

⁹⁵ Sentencia c. Bottoni, Reg. Pedemontani seu Taurinen, de 30 de junio de 2009 (A 89/2009).

⁹⁶ Sentencia c. De Angelis, Reg. Santi Sebastiani Fluminis Ianuarii, de 2 de diciembre de 2009 (A 157/2009).

tuvo hijos. Los testigos aportan poco. Como *causae simulandi* en ella pueden señalarse el culto al cuerpo, la atención prevalente a su profesión y su poca paciencia con los niños. Entre las circunstancias que concurren hay que señalar el uso de anticonceptivos poco seguros o ineficaces. De las Actas, se deduce que tuvieron propósito de retrasar, pero no de excluir los hijos.

2.5. Ausencia en el proceso de la parte que presuntamente excluyó y falta de prueba concluyente

Se refiere la sentencia c. Alwan, de 11 de mayo de 2010⁹⁷, a un matrimonio de italianos que, tras seis años de noviazgo, con relaciones íntimas, contrajeron matrimonio en 1991. No tienen hijos. El matrimonio dura tres años. Se separan en 1994 y en 1999 se divorcian. El varón pide la nulidad en el 2000 por exclusión de la prole por parte de la mujer, pero ésta no comparece. En el *in facto*, el ponente indica que nunca es fácil la prueba procesal de la intención excluyente al emitir el consentimiento y más en esta causa en la que no se cuenta con la declaración de la parte que se presume excluyó, ni de sus testigos. Sólo existen las cartas y las anotaciones del diario del demandante. En ellas, en contra de lo que afirma el demandante en sus declaraciones, consta que la mujer sentía amor por el demandante, tanto antes, como después del matrimonio. Más aún, cuando él se separa, ella le ruega que vuelva. El demandante pidió la nulidad porque afirma que ella siempre excluyó tener hijos, pero luego, con mayor precisión, asegura que, al comienzo, sólo se trataba de retrasar los hijos. Ante estas variantes, la sentencia negativa de 2ª instancia afirma que la exclusión de la prole por la demandada es fruto de una subjetiva interpretación del demandante y que no corresponde a la verdad. En la declaración ante el tribunal, el demandante no negó la cuestión de su interpretación personal ya que ella explícitamente nunca lo afirmó, pero él lo dedujo de los hechos que concurren y que le llevaron a esa conclusión. Pero los hechos no son tan claros como pretende el demandante. Falta también la declaración extrajudicial sobre la intención de la demandada, y los testigos del demandante no han podido asegurar que oyeron a la demandada afirmar que no quería tener hijos. Todos los testigos, salvo uno, interpretan la voluntad de retrasar los hijos como exclusión de la prole, pero no aducen pruebas de su afirmación. En una carta, al final de su convivencia conyugal, ella afirma que espera poder darle a otro hombre el hijo “que no he sido capaz de darle”. Pero el término incapacidad es susceptible de múltiples interpretaciones (n. 13). Para el demandante hay dos *causae simulandi*: 1) la preocupación por su físico y 2) la relación con otro hombre. Pero ninguna de las dos son pruebas

⁹⁷ Sentencia c. Alwan, Reg Ligustici seu Spediensis, de 11 mayo 2010 (A 74/2010).

sólidas de lo que afirma. Es muy difícil en los autos encontrar una prueba de un acto positivo de voluntad excluyente.

La sentencia C. Yaacoub, de 16 de febrero de 2011⁹⁸, presenta el caso de un matrimonio de malteses que se casan tras cuatro años de noviazgo. No tienen hijos durante los dos años que dura el matrimonio, por la infidelidad de él, que termina casándose con otra mujer. Ella se casa con un divorciado. La mujer solicita la nulidad. En el *in facto* de la sentencia, el ponente afirma que tanto el Defensor del Vínculo, como el decreto por el que se envió la causa a proceso ordinario, afirman que, de lo aportado en el juicio, no se llega a la certeza moral de la exclusión. El Ponente examina largamente las declaraciones de las partes y de los testigos y saca, como conclusión que comparte con el juicio valorativo del Defensor del Vínculo, que las declaraciones del demandado pueden entenderse como ejercicio de la paternidad responsable o como un mero retraso en tener los hijos. Ningún testigo aporta el testimonio extrajudicial del demandado o demandante que afirmen la exclusión de los hijos y la declaración de la demandante la hace en tiempo muy sospechoso, es decir, tras la sentencia negativa en segunda instancia. No aportan la *causa simulandi*, ni remota, ni próxima ya que les unía un gran amor que desapareció cuando el demandante conoce que ella no fue virgen al matrimonio.

2.6. *Las declaraciones contradictorias*

La sentencia c. Jaeger, de 18 de junio de 2012⁹⁹, se refiere a una pareja italiana que inician un noviazgo, pero lo interrumpen en dos ocasiones, en 1985 y 1987. Reiniciada la relación, ella queda embarazada y contraen un matrimonio que llaman “reparador.” Nacido el hijo, concebido antes del matrimonio, no vuelven a tener más. La convivencia dura cerca de diez años. Pero no fue feliz. Se separan (1998) y divorcian (2004). En 2005 la mujer solicita la nulidad por exclusión de la prole por parte del varón demandado. En el *in facto*, el ponente

⁹⁸ Sentencia c. Yaacoub, Reg. Maltesis, de 16 de febrero de 2011 (A 24/2011). En el año 2011 también se pueden consultar otras sentencias en las que aparece la mera voluntad de retrasar la prole: c. Defilippi, Reg Picensi seu Sancti Benedicti ad Truetum-Ripana-Montis Alti, de 30 de marzo de 2011 (A 59/2011); c. Defilippi, Reg. Provinciae Mediterráeneae seu Foriulien, de 14 de abril de 2011 (A 72/2011); c. Sciacca, Reg. Campani seu Neapolitana, de 13 de mayo de 2011 (A 81/2011). Sobre la discordancia entre las declaraciones de los esposos y la falta de causa *simulandi* o la gravedad de la misma, pueden verse las sentencias c. Boccafola, Reg. Etrusci seu Praten, de 3 de marzo de 2011 (A 37/11) y c. Yaacoub, Reg. Etrusci seu Oretina, de 30 de noviembre de 2011 (A 166/2011).

⁹⁹ Sentencia c. Jaeger, Reg. Etrusci seu Pisana, de 18 de junio de 2012 (A 93/2012). Otra sentencia del año 2012, negativa a la declaración de nulidad, es la C. Boccafola, Reg Ligustici seu Savonensis-Naulensis, de 21 de junio de 2012 (A 97/2012). En ella se dice expresamente que, pese a la credibilidad del demandante y su religiosidad *la sentencia no puede apoyarse en la benevolencia hacia una de las partes, sino de lo actuado y probado en juicio.*

somete, primero, a un detenido análisis, las largas declaraciones de la demandante y sus testigos y opina sobre su credibilidad. Lo mismo hace después con las declaraciones del demandante, en contradicción con la demandada, y adjunta cartas del mismo, aunque no aporta testigos. En alguna declaración el demandado aparece agresivo contra los jueces eclesiásticos que “no son fieles al magisterio del Papa que promueve siempre la indisolubilidad del matrimonio”. En conclusión: al estar ante declaraciones tan contrarias entre sí, los jueces no han podido lograr la necesaria certeza moral de la simulación. Por lo tanto, prevalece el *favor matrimonii*.

6. PRUEBA DE LA EXCLUSIÓN

Es una constante en la doctrina y en la jurisprudencia, la exigencia de que la exclusión debe ser objeto de prueba en el proceso y que ésta no es fácil. No basta con la confesión de uno o los dos esposos. Por esta razón, se distingue entre Prueba Directa, cuando se cuenta con la confesión judicial y extrajudicial del simulante, unida a declaraciones de testigos o incluso documentos; y Prueba Indirecta, cuando se carece de ella y se acude a presunciones junto con un análisis de las circunstancias antecedentes, concomitantes y subsiguientes. Para la prueba es, asimismo, constante la mención de la *causa contrahendi* y la grave o gravísima *causa simulandi* –próxima y remota–, unida a las circunstancias antecedentes, concomitantes y subsiguientes.

Creemos que resulta interesante aportar algunos ejemplos de la *causa simulandi* que, usualmente, se pone en conexión con la *causa contrahendi*, con un juicio de ponderación entre ambas, en la que debe prevalecer aquella sobre ésta.

Nos limitamos, por tanto, a ofrecer una relación de las *causae simulandi* –unas próximas, otras remotas– encontradas, año por año, sin entrar en el contenido concreto de las sentencias, salvo en alguna que hemos considerado que tiene especial interés analizar estos supuestos:

AÑO 2006:

- La precariedad de la relación de la pareja (se casó por probar y no por amor) y las dudas sobre la duración de la unión¹⁰⁰.
- La prevalente consideración de la perspectiva laboral (según el ponente, la profesión de la mujer, funcionaria de prisiones, era poco apta para la maternidad en familia)¹⁰¹.

¹⁰⁰ Así en una c. Turnaturi, Reg. Insubris seu Cremonen, de 14 de diciembre de 2006 (A 167/2006).

¹⁰¹ Así en una c. Verginelli, Reg. Latii seu Romana, de 10 de noviembre de 2006 (A 144/2006): Matrimonio de dos italianos que contraen por embarazo prenupcial de ella. Piensan en el aborto pero

- La causa inmediata de simular y de excluir es una consecuencia lógica de la manera de ser y de pensar de la mujer, que pertenece a la generación del 68 francés y es militante cultural marxista. La causa remota es el miedo a que los hijos revivan la propia experiencia de vida negativa, como hija de un padre muy machista¹⁰².
- El deseo de mantener la propia libertad, junto con la exclusión de la indisolubilidad¹⁰³.

lo desestiman y se dan prisa en casarse. Nace una hija pero, tras cuatro años de convivencia, se separan. En 1984, el varón pide la nulidad ante el Tribunal Regional por exclusión de la prole por ambas partes. Así se establece la duda, no obstante la oposición de ella a este planteamiento. La primera instancia concede, en 1987, la nulidad por exclusión de la prole, pero sólo por parte de la mujer demandada. El defensor del Vínculo recurre a la Rota. El demandante abandona el proceso. En el 2004, con un nuevo abogado, reinicia la causa y ésta se ve por exclusión de la prole sólo por parte de la mujer demandada. Anotamos que el proceso, desde el inicio, dura 12 años. En el *in facto*, el ponente indica que asegura la mujer que es completamente falso que entre ellos hubiese un pacto de no tener más hijos. La prueba testifical no aporta nada en concreto. Pero en este caso hay que atender más a los hechos que a las palabras. La mujer se preocupó de emplear siempre medios que impidiesen la prole y eligió una profesión muy poco apta para la maternidad en familia (funcionaria de prisiones). Lo cual, unido a otros indicios, prueba una intención contraria a la procreación.

¹⁰² Sentencia c. Ciani, Reg. Piceni seu Camerinen, de 29 de noviembre de 2006 (A 160/2006): En el final del *in facto* se señalan algunas circunstancias que constituyen una óptima confirmación de lo que han declarado: a) la infancia de la mujer que, por ser mujer, se siente despreciada por su padre, que hubiese querido tener un hijo ya que para él las mujeres eran pura debilidad e incompetencia; b) la mujer en el matrimonio nunca quedó embarazada porque siempre empleó medios anticonceptivos; c) siempre se negó a los deseos del varón cuando éste le manifestó que quería tener un hijo y, como consecuencia, él los tiene con otra mujer con la que cohabitó tras la separación.

¹⁰³ Sentencias c. Serrano Ruiz, Reg. Latii seu Romana, de 7 de julio de 2006 (A 98/2006), sobre el matrimonio de un italiano con una suiza, de tan solo un año de duración. En el *in facto* se afirma lo siguiente: De las actas se concluye que el varón, tanto antes del matrimonio, como en el matrimonio –indicio de que no cambió su actitud después del matrimonio–, siempre realizó el *coitus interruptus* y el preservativo para impedir la procreación y confirmar su propósito de separarse si llegaba el caso. En su declaración afirma que ella: “hubiese querido un hijo porque ya tenía casi 39 años, mientras que yo subordinaba una posible procreación al buen éxito de nuestra unión; hasta que estuviese seguro del buen resultado del matrimonio, mi intención era no procrear y, por consiguiente, tomaba precauciones”. El fallo fue a favor de la nulidad por exclusión de la prole y de la indisolubilidad; De la Sentencia c. Pinto, Reg. Triveneti seu Bellunen, de 7 de julio de 2006 (A 99/2006), referenciada en la nota 37, añadimos el *in facto* también por su interés ya que justifica la sentencia a favor de la nulidad por exclusión de la prole en la mujer pese a la negativa de ésta a comparecer en el proceso: El ponente recoge todos los elementos contenidos en las actas, principalmente en las declaraciones de él y de los testigos, que prueban la mentalidad de ella en relación con el matrimonio y, en particular, de la procreación. Todos ellos prueban fuertemente que ella retuvo y no entregó el derecho a la procreación. Describe los rasgos de la personalidad de ella como una persona, voluble, lunática, llena de amor propio que se creía el centro del universo, terriblemente egoísta. Todas estas notas de ninguna manera favorecen la decisión de engendrar prole. Aduce trozos de las cartas que la mujer envió al Tribunal, en las que afirma que no rechazaba tener hijos, sino sólo, dada su edad, el retrasarlos. Teniendo en cuenta la negativa de la mujer a comparecer en el proceso, su fama de mentirosa y que los testigos son unánimes en afirmar que para la mujer los hijos eran un estorbo, que no quiso usar los medios naturales de control, porque

- La excesiva unión (al límite de la dependencia) manifestada por el novio con una asociación católica¹⁰⁴.

AÑO 2007:

- La precariedad de la relación de la pareja tras un noviazgo de cinco años, y con grandes dudas sobre la posible duración de la unión¹⁰⁵.
- La fuerte repulsión física a la idea de la maternidad, durante el noviazgo y al comienzo del matrimonio, ya que la mujer se define “catocomunista” y manifiesta discrepancias con la doctrina de la Iglesia. Hasta que ella se adscribe a los neocatecumenales y tienen una hija, lo cual no impide la declaración de nulidad¹⁰⁶.

los creía inseguros, y si el uso del condón etc, sus afirmaciones carece de valor de prueba (n. 13, 14, 18). Por el contrario, el demandante aparece como veraz y digno de crédito en lo que afirma y que está de acuerdo con lo afirmado por los testigos. Se concluye que estamos ante una exclusión de la prole por un acto positivo implícito en la mentalidad y forma de actuar de ella.

¹⁰⁴ Sentencia c. Pinto, Reg. Triveneti seu Veronen, de 20 de octubre de 2006 (A 127/2006). Véase nota 38.

¹⁰⁵ Sentencia c. Monier, Reg. Apuli seu Tarentina, de 8 de junio de 2007 (A 78/2007): matrimonio de italianos, de seis años de duración, en el que el noviazgo ya fue conflictivo y en el que la convivencia fue mal desde el principio. El demandante afirma que poco antes del matrimonio declaró a la mujer su propósito de no tener hijos y así lo reconocen los testigos y las circunstancias que concurren.

¹⁰⁶ Sentencia c. Bottone, Reg. Pedemontani seu Taurinen, de 10 de mayo de 2007 (A 58/2007): Italianos. Se conocen en la adolescencia. Ella se traslada al domicilio de su abuela para atenderla, y tras la muerte de ésta, sigue viviendo en el domicilio de la abuela, donde convive con el chico. Ambos tienen una seria formación católica, aunque ella se autodefine “catocomunista” y manifiesta discrepancias con la doctrina de la Iglesia, sobre todo en relación con el matrimonio. Él desea el matrimonio, pero ella se resiste. Un viernes santo, cambia de opinión y determina contraer matrimonio, pero quiere que su domicilio quede abierto a amigos, indigentes, etc. Ella no quiere hijos, él débil de voluntad se acomoda a sus deseos. Pero comenzó a sentirse preterido e inicia una relación con otra mujer. Ella se adscribe a los neocatecumenales y, aunque con dificultades, cambia su idea sobre el matrimonio y tienen una hija. Pero no fue un remedio para el matrimonio y él abandona el domicilio conyugal el año 2000 y el 2001 ella acude el Tribunal de 1ª Instancia alegando exclusión de la prole por parte de ella misma. La sentencia es negativa. En segunda instancia la sentencia es afirmativa. Llega a la Rota Romana. En el *in facto*, el ponente señala lo siguiente: La mujer demandante afirma que ella notificó al varón su exclusión de los hijos y que él accedió pues su voluntad era débil. Afirma que para ella era inaceptable la sólo idea de un embarazo. Era como un rechazo instintivo e incontrolable, no obstante su educación cristiana. Aquí puede estar la causa remota de su simulación. La declaración de él, confirma totalmente la de ella. Lo mismo hay que afirmar de los testigos, ya sean de las partes, ya sean de oficio. Sólo hay alguna disensión al describir la actitud de ella para con los niños, para unos sólo era frialdad, para otros era hasta afectuosa.

La objeción mayor contra la simulación es la hija que tuvieron. Pero hay que tener en cuenta que la hija llega después de la militancia de la madre en los neocatecumenales que fue la causa de su cambio de actitud. Por tanto, se trata de un cambio operado dentro de un matrimonio que fue nulo por simulación del consentimiento.

- El deseo del varón de mantener la propia libertad junto a una cierta aversión para tener hijos, ya que cuando ella quedó embarazada, él tuvo gran disgusto y exigió que abortase¹⁰⁷.
- La visión del mundo, la vida y la familia radicalmente pesimista, con una precoz pérdida de la madre, de tal forma que para el demandante tener hijos era algo odioso y contra sus principios¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Sentencia c. Caberletti, Reg. Viridimontanen, de 1 de febrero de 2007 (A 12/2007): Trata de un matrimonio de polacos, de cuatro años de duración. Ella es doce años mayor que él y ya tiene una hija. Contraen matrimonio canónico en 1988. Él hubiese preferido sólo contraerlo civilmente, pero cedió ante los deseos de su madre. El matrimonio fracasa por la manera de ser tan diferente de ellos y por las infidelidades de él. No tuvieron hijos. En 1992 obtienen el divorcio civil, a instancias del varón. Éste, en 1996, presenta la demanda de nulidad canónica por violencia y miedo y por incapacidad psíquica para asumir las obligaciones del matrimonio. El Presidente del Tribunal de 1ª Instancia rechaza la demanda, por carecer de fundamento. Recurre contra este decreto añadiendo nuevas razones y un nuevo capítulo de nulidad. Se establece el dubio por los siguientes capítulos: presión moral sobre el varón (can. 1103) y exclusión de la prole y de la indisolubilidad también por parte de él. En el 2000 se da sentencia negativa a todos los capítulos. En 2001 apela en 2ª Instancia y se fija la duda por *vis et metus* y por exclusión de la prole. La sentencia concede la nulidad sólo por exclusión de la prole. A norma del can. 1682 §2 llega a la Rota Romana. Y ante ella sólo se alega la exclusión de la prole por parte del varón. En el *in facto*, el ponente aduce que la mujer demandada piensa que él siempre rechazó tener hijos con ella ya que afirmaba que les bastaba con la hija de ella que la consideraba como hija suya. En cuanto a la causa para excluir, las partes no coinciden. Él asegura que la razón era no perder totalmente la libertad. Ella cree que había una cierta aversión a los hijos, que manifestaba siempre que veía a una mujer embarazada. Siempre pusieron los medios (preservativo y *coitus interruptus*) para evitar el embarazo. Pero todo se complicó cuando, a pesar de esos medios, ella queda embarazada. Describe el Ponente el disgusto de él, que estaba entonces haciendo el servicio militar y la propuesta de que ella abortase. En esta situación, él da muestras de una insensibilidad llamativa. Se da un aborto espontáneo, probablemente debido a los disgustos y malos tratos que ella recibió por parte de él. Durante el matrimonio él llevó una vida disoluta con relaciones con otras mujeres y tuvo un hijo con una de ellas. Esto lo conoce ella, al cuarto año de casados. De las Actas se deduce que el varón excluyó los hijos con ella, bien sea por la diferencia de edad o por las razones de no perder totalmente la libertad y su preferencia por el matrimonio meramente civil. El que la mujer quedase embarazada no demuestra un cambio en su intención ya que, aun puestos los medios para evitar el embarazo, éste puede darse por determinados fallos. La demandada, aunque se opuso a la nulidad, sin embargo confirma la voluntad de excluir los hijos por parte del varón y lo mismo confirma la parte testifical. En sentido semejante la sentencia c. Turnaturi, Aemiliani seu Mutinen, de 21 de junio de 2007 (A 87/2007).

¹⁰⁸ Sentencia c. Sciacca, Reg. Pedemontani seu Taurinen, de 27 de abril de 2007 (A 54/2007). Trata de un matrimonio de italianos. Él, universitario de 20 años. En un grupo de amigos conoce a su mujer. Relaciones (amatorias) durante quince años. En 1983 contraen matrimonio canónico, no tienen hijos, y el matrimonio no dura sino unos años. Separación de mutuo acuerdo irreversible. En 2003, él demanda la nulidad, por exclusión de la prole por parte de él. Pero en 1ª instancia la sentencia es negativa. En el 2006, la sentencia en 2ª instancia concede la nulidad por el capítulo alegado. A tenor del can. 1682§1 llega a la Rota Romana, que la ve por el mismo capítulo. En el *in facto*, el ponente expone, detenida y ordenadamente, las declaraciones del simulante y de los testigos que prueban su peculiar personalidad y el trauma por la muerte de su madre cuando era un adolescente. En el uso del matrimonio siempre tomaron precauciones para que ella no quedase embarazada. El juicio de los jueces de 1ª instancia que estimaron sus declaraciones “descarnadas y falta de elementos para poder deducir la existencia de

- El precario estado económico y de habitación de los cónyuges. La mujer simulante interrumpe voluntariamente un embarazo antes de la consolidación de la pareja¹⁰⁹.
- Distanciamiento afectivo del simulante, celebrándose el matrimonio casi por inercia¹¹⁰, o con evidente falta de amor a la otra parte.
- El carácter propenso a escapar de las responsabilidades, ya que el esposo simulante se consideraba un “ragazzino” con deseos de pasarlo bien¹¹¹.
- La diferente manera de ser de cada uno, que ya habían aparecido en el largo noviazgo, y en conexión con la exclusión de la indisolubilidad¹¹².

una intención y voluntad excluyente”, se completan con las declaraciones en 2ª Instancia. Y se explica la ausencia de la mujer en la causa. Hay que concluir que, para el demandante, tener hijos era algo odioso y contra sus principios que le llevaban a un pesimismo existencial sobre la vida y la familia.

¹⁰⁹ Sentencia c. Alwan Reg. Provinciae Mediterraneae seu Friulien, de 20 de abril de 2007 (A 46/2007). En e *in iure*, el ponente hace referencia a los 26 años que se ha dilatado el proceso porque fue declarada desierta por varias causas y negligencias y no se reasume hasta el año 2006 En la presente causa se da esa circunstancia que daña tanto la justicia, como el bien de las almas: el mucho tiempo transcurrido entre la ruptura del matrimonio y el proceso de nulidad canónica. El demandante acusa a la mujer de haber excluido *para siempre* los hijos. La mujer lo único que afirma es la “exclusión temporal” y condicionada a que mejorase la situación económica del matrimonio. Los testigos favorecen la afirmación del varón. Lo mismo indican las circunstancias que concurren: el uso de medios anticonceptivos, el aborto voluntario, etc. y la negativa a tener hijos, recién celebrado el matrimonio y luego tenazmente mantenida.

¹¹⁰ Sentencia c. Bottone, Reg. Pedemontani seu Taurinen, de 19 de octubre de 2007 (A 116/2007): aborda un matrimonio por inercia y con evidente falta de amor, de dos italianos, celebrado tras un largo noviazgo de 13 años, que se interrumpe por una depresión de ella a causa de la muerte de su padre. La esposa cae de nuevo en la depresión el mismo día de la boda y se provoca en ella una situación de angustia por las continuas discusiones durante los 6 años que dura la convivencia conyugal y en la que usan continuamente anticonceptivos. También la sentencia c. Caberletti, Reg. Viridimontanen, de 1 de febrero de 2007 (A 12/2007) (vid nota 107) y la c. Monier, Reg. Parisien, de 20 de julio de 2007 (A 104/07) (vid nota 88)), con un aborto efectuado por la simulante poco después de la boda; la c. Bottone Reg. Pedemontani seu Taurinen, de 19 de octubre de 2007 (A 116/2007); c. Huber, Pedermontani seu Novarien, de 13 de diciembre de 2007 (A 151/07), tratan supuestos de falta de amor. En ésta última se hace expresa referencia en el *in facto* a la falta de amor como causa remota.

¹¹¹ Sentencia C. Ciani, Reg. Ligustici seu Ianuen, de 14 de diciembre de 2007 (A 156/2007): el ponente justifica en el *in facto* que la sentencia de primera instancia no fue confirmada en segunda instancia por ausencia de la declaración de la parte simulante, elemento de máxima importancia. Pero puede preguntarse por qué los jueces no consideraron el hecho probado de que siempre usaron anticonceptivos, lo cual, como dice el demandante, significa no un retraso de los hijos, sino su exclusión y su afirmación de que él distinguía entre lo que es el matrimonio y lo que es aceptar los hijos, que estaba siempre subordinado a que el matrimonio fuera un éxito. Por eso, su propósito era indeterminado. Y nunca consideró los hijos como una exigencia o consecuencia del éxito del matrimonio. Todo esto confiesa que se debe a cierta inmadurez personal, ya que se consideraba un “ragazzino” con deseos de pasarlo bien. La declaración de la mujer confirma la del varón y las circunstancias que concurren y los testigos confirman esto mismo. De las Actas aparece claro la exclusión de la prole por ambas partes.

¹¹² Sentencia c. Sable, Reg. Siculi seu Catanen, de 6 de diciembre de 2007 (A 148/2007).

AÑO 2008:

- Temor del actor al carácter libre e independiente de la demandada sobre la que duda de la capacidad para ser madre y llevar adelante una familia¹¹³.
- La mujer simulante, médico, temía la posible complicación de su enfermedad (solo tenía un riñón)¹¹⁴.
- La falta de confianza del simulante sobre las aptitudes maternas de la futura mujer y de la falta de amor hacía su esposa, sobre la que llegaba a sentir aversión a la intimidad física. La *causa contrahendi* fue por la amenaza de suicidio de la mujer. El matrimonio solo duró ocho meses¹¹⁵.
- El temor a engendrar prole con taras físicas. El sobrino de la simulante nació con una tara psicofísica¹¹⁶.
- El deseo de conseguir un cierto bienestar que le ayudase en sus estudios y en su profesión¹¹⁷.

¹¹³ Sentencia c. Sable, Reg. Insubris seu Brixien, de 31 de enero de 2008 (A 16/2008): La causa se ve también por exclusión de la indisolubilidad. Se refiere a un matrimonio de italianos, sin hijos, que apenas dura tres años. De la causa de la simulación, el ponente deduce que no se trató de retrasar la prole, sino de una reserva personal del derecho a engendrarlos. La exclusión directamente se deduce del uso permanente de preservativos y del uso del *coitus interruptus*. La vida conyugal fue breve.

¹¹⁴ Sentencia c. Caberletti, Reg. Bogoten, de 30 de enero de 2008 (A 12/2008): Se trata de un matrimonio de médicos colombianos de tres años de duración y sin hijos. El ponente indica que las relaciones íntimas fueron escasas desde el principio, por una especie de bloqueo en ella. La realidad era que sólo tenía un riñón y esto le hacía temer el embarazo y hasta se planteó el problema de la adopción. Es claro que ella fue al matrimonio con la intención de no tener hijos. Empleó siempre anticonceptivos. Y por su situación médica siempre tuvo miedo a quedar en estado (nn 15-16).

¹¹⁵ Sentencia c. Caberletti, Reg. Rzeszovien, de 12 de marzo de 2008 (A 44/2008). La sentencia es negativa por exclusión de la indisolubilidad y por incapacidad.

¹¹⁶ Sentencia c. Monier, Reg. Sardiniae seu Arboren, de 30 de mayo de 2008 (A 96/2008): La sentencia es negativa por exclusión de la indisolubilidad: Un matrimonio de italianos de tres años de duración, en el que enseguida comienzan la desavenencias. En el *in facto* el ponente señala que la *causa simulandi* remota, según afirmaciones del esposo, fue sus dificultades contra la doctrina de la Iglesia, a pesar de su educación católica, y la causa próxima sus dudas sobre el éxito del matrimonio y el temor a que naciesen con alguna deficiencia física, como le había sucedido a un familiar suyo. Consta del uso de anticonceptivos y, cuando no los usaba, él interrumpía el acto. Cuando surgieron las primeras dificultades en la convivencia suspendieron totalmente las relaciones íntimas. Entre las circunstancias que confirman la exclusión de la prole puede encontrarse en la breve duración del matrimonio.

¹¹⁷ Sentencia c. Monier, Reg. Sardiniae seu Calaritana, de 28 de noviembre de 2008 (A 177/2008) La sentencia es afirmativa también por exclusión de la indisolubilidad: es un matrimonio de italianos, contraído tras nueve años de relación, pero que solo dura seis años. En el *In facto*, el ponente anota que en este caso, como sucede frecuentemente, hay una clara conexión entre la exclusión de la indisolubilidad y de la prole. Ella confiesa que nunca ha tenido un instinto maternal *porque los niños son muy bonitos, pero si son de otros*. Son muchas las declaraciones, judiciales y extrajudiciales, que confirman el rechazo de la prole por parte de ella. Nunca fue su intención formar una familia, sino lograr un cierto bienestar

- El carácter frívolo de la esposa, que le llevaba a temer la pérdida de su forma física¹¹⁸.
- La falta de certeza sobre los sentimientos propios y sobre la solidez de la personalidad del otro¹¹⁹.

que le ayudase en sus estudios y profesión. En sentido semejante, en cuanto a causa de simulación, puede también citarse la c. Ciani, Reg. Amiliani seu Parmen, de 4 de diciembre de 2008 (A 181/2008).

¹¹⁸ Sentencia c. Defilippi, Reg. Katovicen, de 10 de julio de 2008 /A 119/2008). Nos extendemos más en esta sentencia por el interesante itinerario procesal: Es un matrimonio de polacos. Contraen primero matrimonio meramente civil y, a petición del varón, en 1983 contraen matrimonio canónico. No tienen hijos. La convivencia se deteriora en seguida. Él lo atribuye a que ella no le fue fiel y excluyó los hijos. Pero, de hecho, el matrimonio dura unos once años, hasta que ella en 1994 logra el divorcio civil. En 1995, él solicita la nulidad canónica por exclusión de la fidelidad y la prole por parte de la mujer, que no comparece y la declara ausente en la causa. La sentencia es negativa por ambos capítulos. Él apela al Tribunal Metropolitano de Cracovia y ella manifiesta su voluntad de no participar en el proceso. La sentencia de 2ª instancia confirma la sentencia negativa. Él recurre a la Rota Romana. El primer turno concede la nulidad por los dos capítulos alegados. A tenor del c. 1682, el turno siguiente determina el dubio: exclusión de la prole y/o de la fidelidad por parte la demandada. En el *in facto*, el Ponente lamenta la deficiente instrucción en las dos primeras instancias y, sobre todo, que no se puedan analizar las declaraciones de la demandada, por su negativa a comparecer. Por el contrario, el demandante lleva ya trece años intentando demostrar la nulidad de su matrimonio y tanto en 1ª, como en 2ª instancia es perfectamente constante en sus declaraciones. De ellas se deduce que la demandada es una mujer frívola y que no estimaba en nada el matrimonio sacramental. En este modo de ser y comportarse hay que buscar la causa remota y próxima de su simulación. En el proceso civil de divorcio declaró que ni quería, ni quiere tener hijos, aunque en una carta enviada al Tribunal eclesiástico, da la impresión que esa intención se completa y se hace efectiva después del matrimonio. El Ponente analiza *detenidamente* las declaraciones de los testigos. Queda claro que la principal dificultad para la prueba de la exclusión de los hijos antes del matrimonio, está en que no lo pueden atestiguar, ni el demandante, ni sus testigos y por parte de la demandada no ha declarado ni ella ni ningún testigo. Sólo en el proceso civil de divorcio, ella afirma, que parte de las dificultades de convivencia se debían a la pertinacia con que ella mantuvo su voluntad de excluir los hijos, a pesar de los deseos de él.

¹¹⁹ Sentencia c. Monier, Reg. Sardiniae seu Arboren, de 3 de octubre de 2008 (A 136/2008). Un matrimonio de italianos. El noviazgo dura cinco años. Frecuentes disensiones por la incompatibilidad de caracteres. Poco antes de la boda, ella le manifiesta que no le quiere. Se enteran los padres del novio y le fuerzan al matrimonio, que celebran en 1998. La convivencia dura dos años. Separación civil. Ella pide la nulidad por coacción y exclusión de la prole. En el *in facto*, el ponente anota que la demandante goza, a juicio de los jueces, de óptima credibilidad por sus declaraciones siempre coherentes. Asegura haber excluido los hijos desde el primer momento del matrimonio, pero sólo lo manifestó cuando comenzaron las dificultades de convivencia. Rectifica y aclara una declaración hecha en 1ª instancia en la que asegura que su marido lamentaba que ella tomase la píldora, porque él quería tener hijos, cuando en verdad lo que él lamentaba era que yo no quisiese tener relaciones sexuales con él. El demandado confirma las declaraciones de la demandante y asegura que entre ellos nunca existió comunidad de vida. Los testigos no aportan datos interesantes, salvo una carta de una amiga de la demandante que no deja dudas sobre la voluntad irrevocable de ella de no tener hijos.

- El temor del varón –psiquiatra de profesión– a una excesiva limitación de la propia actividad profesional después del nacimiento de dos gemelos preconcebidos antes del matrimonio¹²⁰.
- Un aborto perpetrado en época prenupcial, afectó profundamente a la mujer, haciéndola sentirse indigna de ser madre, condicionando los hijos a la superación del trauma¹²¹.

AÑO 2009:

- Un embarazo que fue la causa del matrimonio¹²².
- El temor a una futura separación para no repetir lo que conoce en relación con la situación de los hijos de matrimonios rotos¹²³.
- Anuncio de embarazo extramatrimonial una vez finalizado el término legal en Italia para abortar, viéndose obligado a un matrimonio “reparador”. Después no hubo más embarazos¹²⁴.

¹²⁰ Sentencia c. Verginelli, Reg. Campani seu Napolitana, de 23 de mayo de 2008 (A 89/2008). Se declara la nulidad también por exclusión de la indisolubilidad. El matrimonio italiano solo duró tres años.

¹²¹ Sentencia c. Sable, Reg. Latii seu Romana, de 10 de julio de 2008 (A 120/2008). Véase nota 40.

¹²² Sentencia c. Huber, Reg. Insubris seu Mediolanensis, de 18 de febrero de 2009: Matrimonio de italianos, de tres años de duración. Muy jóvenes inician una relación y, a pesar de tomar precauciones, ella queda embarazada. “Para evitar mayores males”, tanto los padres de ella, como la madre de él, les empujan al matrimonio. Ella, que no tiene 20 años y está en último curso en el Instituto, no desea casarse, pero cede a la presión familiar principalmente por el hijo que espera. Tienen intención de no tener más hijos, cuando nazca el ya concebido. En el *in facto*, el ponente explica que la causa llega a la Rota Romana, habiéndole precedido dos sentencias entre sí contrarias. La raíz del problema es la credibilidad que merece la demandante. Ella, que es miembro de *Comunión y Liberación*, pide la nulidad por razones de conciencia. Y en las actas hay un material probatorio congruente con su petición. Así lo reconocieron los jueces de 2ª instancia y este tribunal está de acuerdo con ellos. De ese material, se pueden deducir los rasgos de carácter de la demandante Y lo mismo se deduce de la declaración del demandado y de la madre y otros testigos. En cuanto a la prueba directa de la exclusión, se encuentra la confesión constante de la demandante y es confirmada por la del demandado y otros testigos. Sobre la *causa contrahendi* consta que la demandante no quiso el matrimonio y que los familiares la empujaron a él, No hay causa remota que explique la simulación, sino es la manera de ser y el carácter tímido y débil de la demandante (n. 15) y, como *causa simulandi próxima*, aparece el hijo ya concebido, antes del matrimonio y “cuando aún no éran ni novios”. Las circunstancias que concurren confirma su declaración, como es su tristeza en la misma boda, hecho declarado por los testigos. La causa no fue fácil, pero se llega a la certeza moral de la exclusión, concordando el derecho y pastoral. En sentido semejante, la c. Pinto, Reg. Insubris seu Cremonen, de 27 de marzo de 2009 (A 46/2009), que también es positiva por exclusión de la indisolubilidad porque se declara probado que el esposo demandante recibió con suma angustia el hecho del embarazo prenupcial, y contrajo matrimonio porque lo consideró un deber y por presión del padre de ella, pero siempre procuró no tener más hijos porque serían un mayor obstáculo para romper el matrimonio por divorcio civil, aun en contra de la doctrina de la Iglesia sobre la indisolubilidad.

¹²³ Sentencia c. Caberletti, Reg. Campani seu Napolitana, de 28 de mayo de 2009 (A 67/2009).

¹²⁴ Sentencia c. Arokiaraj, Reg. Apuli seu Lycien, de 4 de junio de 2009 (A 70/2009): Contempla un caso de un matrimonio de italianos, de 13 años de duración, justificando el esposo y demandante la

- Salvaguardar la libertad personal y verse libre del cuidado que exigen los hijos¹²⁵.
- Conflictividad de la relación durante el noviazgo, que provoca dudas sobre la celebración, y que continúa durante el matrimonio. Son uniones de solo 1 ó 2 años de duración y en el que se excluye también la indisolubilidad¹²⁶.

AÑO 2010:

- Situación de duda del demandante que llevaba una vida disoluta e infiel y adolecía de sanas referencias éticas sobre los deberes de un padre de familia¹²⁷.

tardía separación para esperar a que la hija preconcebida alcanzase la edad de doce años y causar así menores males. Hay discrepancia en las declaraciones de las partes, pero se da especial importancia a las manifestaciones coherentes del demandante que confirman los testigos y su párroco. También es importante el hecho de que ella oculta su embarazo hasta que ha pasado el plazo legal para el aborto. Otras circunstancias que confirman las declaraciones del demandante son la diferencia de edad (ella es cuatro años mayor que él), que procuran que las relaciones sexuales prenupciales no fuesen fecundas, que no existió un noviazgo “oficial”, la turbación del demandante al conocer el embarazo de ella. Sobre el uso de anticonceptivos en el matrimonio también están en desacuerdo en sus declaraciones. Pero contra los hechos no valen los argumentos y el caso es que durante doce años ni hay hijos, ni indicios de que ella quedase embarazada.

¹²⁵ Sentencia c. Caberletti, Reg. Siculi seu Mazarien, de 15 de octubre de 2009 (A 124/2009). Falta en el proceso la declaración judicial y extrajudicial del demandado y presunto simulante, pero tanto el párroco como los demás testigos, atestiguan la veracidad de la demandante. En cuanto a la causa para simular, tanto próxima como remota, se puede presumir que fue el deseo de preservar su libertad y verse libre del cuidado que exigen los hijos. Tanto ella, como sus familiares y testigos aseguran que para el demandante nunca el matrimonio fue un consorcio de vida, sino una especie de juego. Otra sentencia con semejante causa *simulandi* es la c. Huber, Reg. Pedemontani seu Asten, de 11 de noviembre de 2009 (A 143/2009).

¹²⁶ Sentencia c. Turnaturi, Reg. Latii seu Anagnina, de 14 de mayo de 2009 (A 60/2009). Se declara la nulidad por exclusión de la prole y de la indisolubilidad, en un matrimonio italiano de dos años de duración, sin hijos. La esposa demandante afirma que tenía grandes dudas antes de contraer matrimonio y la intención de romper el vínculo si no había amor entre ellos. Pese a que el esposo es declarado ausente, se estima por el tribunal probadas ambas exclusiones por parte de la esposa, en base al análisis de las declaraciones de los testigos. Otras sentencias de semejante tenor son: c. Caberletti, Reg. Triveneti seu Patavina, de 23 de julio de 2009 (A 114/2009), afirmativa por exclusión de la indisolubilidad y de la prole por parte del esposo demandante, aunque la esposa no está de acuerdo, pero afirman que el uso de anticonceptivos tanto antes como durante el matrimonio de escasa duración (un año) es un indicio fuerte de la exclusión, si se une a otros indicios probados en el proceso; y c. Defilippi, Reg. Insubris seu Mediolanen, de 15 de octubre de 2009 (A 127/2009), afirmativa por exclusión de la indisolubilidad y de la prole por parte de la esposa demandante, en un matrimonio de italianos de un año de duración y en el que siempre usaron anticonceptivos.

¹²⁷ Sentencia c. De Angelis, Reg. Salernitani-Lucano, de 25 de febrero de 2010 (A 26/2010): Se trata de un matrimonio de italianos que dura nueve años, precedido de un noviazgo de ocho años. En el *in facto*, el ponente señala que, en cuanto a la exclusión de los hijos, ambos estaban de acuerdo en retrasarlos por un tiempo indeterminado. Así consta por las declaraciones de la demandada que no los excluyó

- Dudas del esposo en época prenupcial por la diferencia de edad con la esposa (mayor que él) y con problemas de salud¹²⁸.
- Empeoramiento del carácter del novio quien sufre un grave desastre económico (pero ya tenían fijada la fecha de la boda) y que minó el amor de la mujer y la relación interpersonal, también en el matrimonio¹²⁹.
- Exigencia de la mujer de salvaguardar la propia libertad de acción, de viajar y divertirse y conservar su figura, unido a la interrupción voluntaria de un embarazo en época prenupcial¹³⁰.
- Deseo de dedicarse en primer lugar al progreso profesional y socio-económico¹³¹.

absolutamente, mientras que él sí parece que los excluyó absolutamente ya que no podía imaginarse como padre, dada la vida disoluta que llevaba. A pesar de ser un libertino, nunca perdió sus fundamentos religiosos y, gracias a ellos, supo reconocer más tarde sus errores. Lo mismo se deduce de la prueba testifical. La causa *simulandi* se encuentra en la situación de duda del demandante, confirmada por la misma demandada, y sobre todo, por la infidelidad conyugal de él. El Defensor del Vínculo objeto que no buscó el empleo de medios anticonceptivos seguros, sino el coito interrumpido, pero parece que también empleó preservativos. La verdad no puede descubrirse por un solo elemento, sino por el conjunto de las pruebas y por las circunstancias que concurren y, entre ellas, sobresale la infidelidad conyugal de él y que fue consciente de haber instrumentalizado a la mujer, a la que consideraba una compañera, más que una esposa.

¹²⁸ Sentencia c. Yaacoub, Reg. Ligustici seu Clavaren, de 17 de marzo de 2010 (A 47/2010).

¹²⁹ Sentencia c. Caberletti, Reg. Campani seu Nola, de 4 de marzo de 2010 (A 36/2010).

¹³⁰ Sentencia c. Defilippi, Reg. Umbri seu Interammen, de 18 de marzo de 2010 (A 49/2010) y sentencia c. Caberletti, Reg. Ligustici seu Ventimilien, de 6 de mayo de 2010 (A 73/2010) sobre el deseo de la mujer de cultivar su cuerpo, como una de las causas *simulandi* alegada por el esposo demandante.

¹³¹ Sentencia c. Bottone, Reg. Apuli seu Baren, de 4 de marzo de 2010 (A 37/2010). Tanto él como ella son policías italianos. El matrimonio dura cuatro años y no fue un éxito porque pronto perdieron el amor entre ellos y él quería hijos y ella no. En el *in facto*, el ponente señala que ella afirma que: a) ya antes del matrimonio él le había mostrado sus deseos de tener hijos y ella le dijo claramente que no quería tenerlos; b) ella fue al matrimonio canónico con motivación muy débil; c) su intención no la cambió a lo largo del matrimonio, sino que la confirmó más y más. Por su parte, el demandado afirma que, aunque no conocía la intención de la mujer, las discusiones principales eran en torno a los hijos y que las relaciones íntimas unas veces fueron abiertas a la procreación y otras con medios anticonceptivos. Por lo tanto se confirma la voluntad de la mujer de no tener hijos. Los testigos confirman lo mismo. Por tanto, las Actas están de acuerdo en indicar la firme intención de la mujer de excluir la prole, porque ella sólo estaba interesada en progresar en su profesión. También existe una causa semejante en la c. Sciacca, Latii seu Romana, de 22 de enero de 2010 (A 10/2010) y en la c. Pinto, Reg. Triveneto seu Vicentina, de 9 de julio de 2010 (A 121/2010) relativa al matrimonio entre dos italianos, él médico y ella consejera de la Liga Norte (y posteriormente alcaldesa de una localidad) quienes dieron absoluta preferencia a sus actividades profesionales y establecieron sus domicilios en ciudades diferentes. En el *in facto* de esta última sentencia, el ponente señala que la *causa simulandi remota* en el demandante fue su dedicación a la medicina, que para él era mucho más importante que el tener y cuidar los hijos ya que estaba convencido que no se podía ser, a la vez, médico y padre. La causa próxima fueron las dudas sobre el éxito del matrimonio, dadas las pocas cosas que les unía. Es claro que la causa *contrahendi* de ninguna manera fue superior a la causa *simulandi*, puesto que aceptó el matrimonio porque se lo

- Conflictividad de la relación precedente al matrimonio¹³² y las serias dudas sobre el éxito del matrimonio¹³³.
- Dudas del esposo al casarse por la excesiva sumisión de ella a su padre y las discusiones del demandado con él, poco antes del matrimonio. Causa, además, unida a la exclusión de la indisolubilidad¹³⁴.

propuso el padre de ella y para evitar las habladurías que corrían por la ciudad. Es evidente la carencia de muestras de afecto entre ellos y la misma demandada, que asegura que amaba al demandante, confiesa que, ya en 1997, la vida que llevaban era imposible de mantener. Entre las circunstancias que concurren, sobresale el uso constante de anticonceptivos y no resulta aceptable la afirmación de ella de que durante algún tiempo tuvieron relaciones abiertas a la procreación, ya que él siempre rechazó la posibilidad de tener hijos (n. 11). Por tanto, no hay duda de que en esta causa se dan muchas circunstancias que, consideradas en su conjunto, dan como resultado una prueba sólida de la exclusión.

¹³² Sentencia c. Bottone, Reg. Apuli seu Melphicten, de 2 de febrero de 2010 (A 13/2010). Un matrimonio italiano que solo duró cuatro meses, tras diez años de noviazgo en el que no se ven mucho porque él es ferroviario. Poco antes de la boda, la relación se deteriora tanto que si no hubiera estado todo preparado para la boda, no se casan. En el *in facto*, el ponente explica que la exclusión de la prole por el demandante aparece claramente en su declaración sobre los meses anteriores al matrimonio en la que afirma que ella se había vuelto intratable y que sólo pensaba en su madre enferma, pero, sobre todo, lo más importante era la muy extraña la relación con su primo. Ante esta realidad, él, que siempre había pensado tener hijos, si no en seguida, sí dentro de unos años, ante el cambio efectuado, decide absolutamente no tener hijos con ella. Así lo confirman los testigos y colegas del demandante.

¹³³ Sentencia c. Monier, Reg. Pedemontani seu Asten, de 5 de noviembre de 2010 (A 148/2010): Italianos. Seis años de noviazgo, pero con trato difícil por la diversa residencia. Ella le propone contraer matrimonio que él acepta con dificultad. No establecen un domicilio común, porque cada uno de ellos quiere residir en su ciudad. Aún en la víspera de la boda, él tiene muchas dudas. En el *in facto*, los jueces de segunda instancia exponen, con claridad meridiana, las circunstancias que hacen más creíble la declaración del demandante: la precariedad del matrimonio que se convirtió en un lugar de encuentro semanal, manteniendo cada uno sus intereses fuera de él. El padre del demandante afirma que su hijo fue al matrimonio sin convicción y así lo confirman otros testigos. La *causa simulandi remota* es la falta de educación religiosa del demandante y sus falsas ideas sobre la institución matrimonial. Así lo confirma la demandada en su carta al Tribunal. Y como *causa próxima* aparecen las dudas sobre el éxito del matrimonio. La *causa contrahendi* por parte del demandante aparece muy débil y la decisión la tomó la mujer. En cuanto a la exclusión de la prole, es evidente la conexión con la exclusión de la indisolubilidad. Aunque el Defensor del Vínculo afirma que no aparece en la causa el acto positivo de voluntad excluyente, es claro que de una atenta ponderación de las declaraciones, tanto de las partes, como de los testigos, se deduce que el demandante excluyó los hijos, aunque la mujer, en un primer momento, entendiéndose que sólo quería retrasar los hijos, finalmente termina por declarar que se convenció de que la exclusión, por parte de él, era absoluta. Las razones en que se apoya la causa *contrahendi* y *simulandi*, son las mismas de la exclusión de la indisolubilidad y entre las circunstancias es importante que él no quisiese contraer matrimonio y el recurso a los medios adecuados para evitar la procreación. Son datos que despejan cualquier duda sobre la realidad de la exclusión. Otra sentencia de semejante tenor es la c. Defilippi, Reg. Sardiniae seu Arborenis, de 9 de junio de 2010 (A 97/2010) sobre un matrimonio italiano de dos años de duración con grandes dificultades e interrupciones durante el noviazgo.

¹³⁴ Sentencia c. Defilippi, Reg. Latii seu Frusinatesis, de 6 de mayo de 2010 (A 72/2010): En el *in facto* de esta sentencia, el ponente anota lo siguiente: En cuanto a la causa *simulandi remota*, hay que tener en cuenta que la educación religiosa del demandante no fue profunda: sus padres, aunque eran

AÑO 2011:

- El miedo al parto, la existencia de una relación paralela y una enfermedad hereditaria (microcitemia)¹³⁵.
- La aversión a los hijos debido a su mala experiencia infantil (vejaciones padecidas del propio padre) y sus convicciones de que “un hijo es el final de la unión perfecta entre un hombre y una mujer”. Además se da la gravísima circunstancia de que cuando fallaron los anticonceptivos, se produjo un doble aborto por imposición del esposo, que confirma la voluntad anti procreativa de la parte¹³⁶.

creyentes, no eran practicantes y, como ella afirma, él era indiferente en relación con la doctrina de la Iglesia. Lo cual es confirmado por los testigos. En cuanto a la *causa simulandi próxima*, consta de sus dudas al casarse, por la exagerada sumisión de ella a su padre y las discusiones del demandado con él, poco antes del matrimonio. Respecto a la *causa contrahendi*, se prueba en la Actas que, cuando se conocen y comienzan su relación, hay amor entre ellos, pero que, en tiempo cercano al matrimonio, lejos de consolidarse, se enfrió y su relación fue a peor tanto con ella, como con sus familiares. Él afirma que contrajo matrimonio porque ya había dado su palabra. En consecuencia la *causa contrahendi* no contradice la simulación que se alega. La exclusión de la prole va muy unida a la exclusión de la indisolubilidad. Así lo declaran las partes y los testigos. Y él siempre tomó precauciones para que ella no quedase embarazada.

¹³⁵ Sentencia c. Alwan, Reg. Apuli seu Sancti Severi, de 8 de marzo de 2011 (A 39/2011): Italianos. El noviazgo no fue pacífico, ni sin interrupciones. Tuvieron relaciones sexuales, pero usando siempre medios anticonceptivos. Se separan a los cuatro años y el varón pide la nulidad por simulación total y, subordinadamente, por exclusión de la indisolubilidad y la prole por parte de la mujer. En el *in facto*, el ponente indica que según el demandante, el motivo del matrimonio fue el deseo de ella de abandonar la casa paterna y la sujeción a sus padres y progresar así como profesora de educación física. Y según él, excluía tanto el matrimonio mismo, como su indisolubilidad y los hijos para conservar en forma su cuerpo. En la 1ª Instancia la demandada compareció y negó tanto la simulación total como las exclusiones parciales. Pero la ausencia de testigos, debilitan mucho sus afirmaciones. En cambio, la declaración del demandante la confirman todos los testigos. En esa declaración el demandante afirma que él siempre deseó tener hijos, la mujer, en cambio, siempre se excusaba y quería retrasarlos. Además, en su primera declaración, afirmó que tenía miedo a los hijos y a las molestias del embarazo y dolor del parto. Los jueces de 1ª instancia se inclinaron por la tesis del retraso y no de la exclusión, pero los de esta instancia, teniendo en cuenta lo actuado y probado en segunda instancia, creen que se dio una exclusión definitiva de los hijos, sobre todo, dada la relación que ya mantenía con un fotógrafo y que constituyó una mayor y más grave causa para simular. No vale la razón de sus análisis médicos, debidos a su enfermedad. Ella acusa al demandante de relaciones con la mujer de un amigo, para paliar las relaciones adulterinas de ella con el fotógrafo y así lo confirman algunos testigos. La misma demandante afirma que usó siempre medios anticonceptivos, él afirma sólo que las relaciones sexuales fueron muy escasas. Una última circunstancia que concurre, es el hecho de que, tras la separación, ella no ha tenido hijos con el fotógrafo, mientras que él tiene ya tres hijos con la mujer con la que convive. Por tanto, se ha probado, con certeza moral, que la causa para simular en ella fue la relación adulterina, junto con el temor al embarazo y parto.

¹³⁶ Sentencia c. Pinto, Reg. Aemiliani seu Regien, de 17 de junio de 2011 (A 109/2011) que entiende que es la causa *simulandi* remota. También puede citarse la c. Ferreira, Reg. Etrusci seu Arretina, de 1 de julio de 2011 (A 118/2011), en la que se señala como causa *simulandi* por parte del esposo demandante, la negativa experiencia del trato con la madre en su infancia. Otro supuesto de aborto

- La profunda incompatibilidad de caracteres existente entre las partes. La concepción de un hijo durante la convivencia matrimonial, viene superada en la sentencia con la explicación de que fue un incidente y que reaccionó proponiendo a la mujer abortar, confirmando con ello la voluntad simulatoria. La nulidad es también por exclusión de la indisolubilidad¹³⁷.
- Aversión a los hijos, considerados como obstáculo a los estudios¹³⁸, o a la carrera¹³⁹, o a la situación económica¹⁴⁰.

durante el matrimonio se trata en una c. Defilippi, Reg. Apuli seu Baren, de 16 de noviembre de 2011 (A 155/2011): matrimonio de italianos, de tres años de duración, que no tienen hijos y una vez que ella quedó embarazada porque no pudo tomar anticonceptivos por una enfermedad de tiroides, provocó el aborto.

¹³⁷ Sentencia c. Monier, Reg. Triveneti seu Patavina, de 15 de diciembre de 2011 (A 179/2011): matrimonio de italianos, sin hijos, con graves problemas de convivencia desde el principio y que dura un año. El esposo contrae con grandes dudas e incertidumbres después de cuatro años de noviazgo. Inicia el esposo el proceso de declaración de nulidad por exclusión de la indisolubilidad y de la prole por parte suya. El demandante alega las mismas razones para excluir la prole que las expuestas para probar la exclusión de la indisolubilidad. Lo cual es muy frecuente y la Rota Romana ha hecho ver la interconexión entre ambos capítulos. Además, el demandante, en varias de sus declaraciones afirma que, tanto antes como en el matrimonio siempre usó de medios anticonceptivos. Así lo afirma también un testigo. La dificultad está en que la mujer, en una ocasión, quedó embarazada y, según observa el Defensor del Vínculo, el demandante recibió la noticia con satisfacción. Pero en las Actas aparece algo muy distinto: él le propuso abortar y aunque él estuviese dispuesto a aceptar el hijo, dado que estaba convencido que ella era incapaz de cuidarlo, eso no significa que fuese falso lo que afirma sobre su exclusión de la prole. Teniendo esto en cuenta, los jueces de la Rota Romana que la ven en segunda instancia, declaran la nulidad.

¹³⁸ Sentencia c. Bottone, Reg. Insubris seu Comen, de 10 de noviembre de 2011 (A 150/2011): Se refiere a un matrimonio de italianos. A los cuatro años de conocerse, él le propone contraer matrimonio, pero ella, que se había apartado de la Iglesia, prefiere una mera convivencia que le permitiese mayor libertad para terminar sus estudios. Se opone la familia de él y ella cede, pero declara que no tendrán hijos hasta que ella termine sus estudios y encuentre un trabajo y sólo entonces podría cambiar su propósito de excluir los hijos. Contraen matrimonio. La convivencia fue mal y empeoró porque ella, a causa de su trabajo, sólo iba a casa los fines de semana y hasta cambió su residencia, en contra del parecer del marido. Se separan civilmente En 1999, el varón solicita la nulidad por exclusión de la prole por parte de la mujer. La declaración del demandante sobre la exclusión por parte de la mujer no deja lugar a dudas. Y es confirmada por ella y por los testigos.

¹³⁹ Sentencia c. Defilippi, Reg. Apuli seu Baren, de 16 de noviembre de 2011 (A 155/2011) citada en nota 136.

¹⁴⁰ Sentencia c. Monier, Reg. Triveneti seu Vicentina, de 15 de diciembre de 2011 (A 182/2011): Matrimonio de italianos. Inician las relaciones y provocan dos abortos, al quedar ella embarazada. No tienen hijos. El matrimonio dura seis años. Se separan en el 2000 y en el 2001, ella pide la nulidad canónica por exclusión de la prole por parte del varón demandado. En el *in facto*, el ponente indica que a la objeción del Defensor del Vínculo sobre la falta de un acto positivo excluyente, hay que decir que el demandado siempre condicionó los hijos al logro de una mejor situación económica. Lo cual equivale a lo que la jurisprudencia rotal ha estimado siempre como exclusión de la prole condicionada. En cuanto a la causa *simulandi*, es claro que no es otra que la situación económica, como lo afirman los testigos. De las Actas, consideradas en su conjunto, se deduce también que influyó en la simulación, la índole y manera de ser del demandado. En cuanto a la causa *contrahendi*, la demandante, aduce la

AÑO 2012:

- Dudas sobre el éxito de la unión conyugal, existiendo una relación afectiva paralela meses antes de la boda y que continuó después del matrimonio¹⁴¹.
- El grave temor de traer al mundo un hijo, dado que era un convencido ecologista, consciente de la problemática y del riesgo ambiental, considerándolo un acto de irresponsabilidad¹⁴².
- El peculiar contexto familiar y social en el que se madura la decisión matrimonial asume relevancia en la configuración de la *causa simulandi*. Así, en Sicilia, las circunstancias familiares muy adversas, presionan para la celebración del matrimonio que la mujer se cuestiona¹⁴³.

grave enfermedad de su madre y su deseo de que la viera casada, antes de morir. En el demandado, la causa para contraer matrimonio es muy débil. Entre las circunstancias que concurren son de especial significado los dos abortos, de los cuales ambos son responsables y el uso de medios anticonceptivos. Como causa de la ruptura, el demandado asegura que la demandante se había enamorado de otro hombre. Y no faltan testigos que aseguran la intención de excluir los hijos.

¹⁴¹ Sentencia c. Arellano, Reg. Latii seu Romana, de 12 de enero de 2012 (A 3/2012): Matrimonio italiano de dos años de duración, contraído porque el varón tenía afecto a su novia y quería demostrar a la madre que asumía sus responsabilidades (causa *contrahendi*), pero con muchas dudas por la existencia de una relación anterior a la boda (causa *simulandi*) y que continuó con posterioridad. El demandado confirma las declaraciones de la demandante y los testigos. Aparece la causa *contrahendi* y *simulandi* y los hechos son más significativos que las palabras (existieron escasas relaciones íntimas y uso constante del preservativo). En sentido muy semejante, también con relación paralela, la sentencia c. Jaeger, Reg. Triveneti seu Tarvisina, de 16 de octubre de 2012 (A 137/2012).

¹⁴² Sentencia c. Caberletti, Reg. Insubris seu Mantuana, de 21 de febrero de 2012 (A 32/2012). Matrimonio italiano, sin hijos. Él tiene una buena formación cristiana y pertenece a un grupo juvenil de exploradores (scouts) y pronto se afilió a los denominados “verdes” y en su representación es elegido, en unas elecciones, miembro del Consejo directivo. Se trata de un agresivo partidario de la ecología y obsesionado con los peligros que nos amenazan. El afecto entre ellos fue desapareciendo, y la mujer pide la separación civil. En 2005 él pide la nulidad canónica por exclusión de la prole por parte del demandante. La mujer no comparece. En el *in facto*, el ponente anota que resulta confusa la declaración del demandante, ya que, por una parte, declara su turbación cuando ve que su matrimonio fracasa y, por otra parte, asegura que nunca puso un acto generativo que pudiera ser fecundo. Resulta extraña la *causa simulandi* que alega: los inminentes peligros que amenazan al género humano y la teoría radical ecológica y así lo confirman los testigos y el capellán de los Scouts quien afirma que intentó, sin conseguirlo, convertirle de sus ideas tan radicales.

¹⁴³ Sentencia c. Ferreira, Reg. Insubris seu Viglevanen, de 18 de abril de 2012 (A 61/2012): Matrimonio italiano. El caso es casi un *drama siciliano*. Ella es miembro de una familia numerosa siciliana y había vivido una adolescencia triste, bajo una madre rigurosa. En unas vacaciones conoce al muchacho, nacido en Sicilia, pero que había emigrado a la península. Nace entre ellos el afecto mutuo. La vida de la muchacha se hace muy difícil ya que, el padre, tras graves discusiones con su madre, los abandona y comienza una relación con otra mujer, cuando ella todavía era estudiante. Piensa que la única solución es el matrimonio con el chico. Pero, poco a poco, se da cuenta que no le conoce bien y que no le quiere, aunque públicamente aparecen como novios. En consecuencia, venciendo la oposición de su madre y el desprecio de sus familiares que la juzgaban manchada, interrumpe la relación. Pero

- Aversión a los hijos (*causa simulandi* remota), considerados como un obstáculo para su entrega al trabajo profesional (*causa simulandi* próxima), que prevalece sobre la *causa contrahendi*, representada por el recíproco amor existente entre las partes, ya que muchos jóvenes deciden una vida en pareja sin hijos¹⁴⁴.
- Condicionamiento al éxito del matrimonio sobre el que tuvo muchas dudas la demandante, unido los deseos de afianzar su carrera y a las perturbaciones psíquicas que padecían los padres de él. También es afirmativa por exclusión de la indisolubilidad¹⁴⁵.

las consecuencias no pueden ser peores. La madre no le oculta su decisión de expulsarla de casa y el chico se enfurece y hace lo posible para persuadirle que vuelva y hasta llega a amenazar con su propia muerte. Ella no sabe qué hacer. No ve otra salida que contraer el matrimonio, que celebran en octubre de 1996. La convivencia conyugal va mal desde el principio. No tuvieron hijos. Ella se enamora de otro chico y determina abandonar a su marido. Se establece una separación consensual y luego civil el año 2000. En el 2002, ella pide la nulidad por exclusión de la indisolubilidad y la prole por parte suya. En el *in facto* se señala que coinciden los jueces de la Rota Romana con las dudas expresadas por los de segunda instancia, sobre todo en relación con la presión social del ambiente en que vivió la demandada y anotan cierto prejuicio con que procedió la sentencia de 1ª Instancia. Por ejemplo, no teniendo en cuenta la existencia de cinco telegramas del demandado que demuestran su ansiedad antes de la boda. Y, lo mismo, la total credibilidad que dan al Párroco que, por cierto, no conoció al demandado, antes del matrimonio. En cuanto a la exclusión de la prole, se cuenta con la confesión de la parte simulante y de los testigos.

¹⁴⁴ Sentencia c. Jaeger, Reg. Pedemontani seu Asten, de 19 de julio de 2012 (A 123/2012). Matrimonio italiano que durante todo el tiempo de su matrimonio. emplearon medios que impidiesen que los actos conyugales pudiesen ser fecundos. Por las discrepancias continuas entre ellos, principalmente por la negativa de él a tener hijos, que ella le pedía, el matrimonio termina con la separación civil (2002) y el divorcio (2005). El varón solicita la nulidad por haber excluido él los hijos. En el *in facto*, el ponente señala que la causa *contrahendi* fue el amor entre ellos y la causa *simulandi* remota fue la aversión de él a los hijos, tal como lo declaran sus mismos padres, la próxima fue su entrega al trabajo. Lo cierto es que nada más contraer matrimonio, tomó todas las precauciones para que no se siguiesen consecuencias de los actos conyugales. Primero usaron la píldora y, luego, ante los efectos nocivos de la misma, el preservativo. Importa menos si la exclusión de los hijos fue absoluta y perpetua, de lo que no hay duda es de su exclusión, antes y durante el matrimonio. La sentencia c. Boccafolo, Etrusci seu Pistorien, de 16 de febrero de 2012 (A 25/2012) también recoge un caso de aversión a los hijos por parte del varón demandante, médico de profesión, porque suponen un límite a la libertad de realización de la propia vida y privación de la autonomía. La causa para contraer fueron las presiones de la mujer y sus parientes.

¹⁴⁵ Sentencia c. Caberlettí, Reg. Ligustici seu Spedien, de 10 de julio de 2012 (A 111/2012): Matrimonio de Italianos, contraído tras dos años de noviazgo, pero se podían ver pocas veces, ya que ella estudiaba en otra ciudad. La familia de ella pertenecía íntegramente al Partido Comunista y, por ello, hubiese preferido contraer sólo civilmente. Pero, se casan canónicamente en 1997. El varón tenía que ausentarse con mucha frecuencia por causas laborales. No tuvieron hijos. Gradualmente la mujer deja de sentir simpatía por él. En 2003 le propone separarse civilmente y así lo hacen. Ella en 2004 solicita la nulidad canónica por exclusión de la indisolubilidad por parte de ella, pero el tribunal añade otro capítulo, la exclusión de la prole, también por parte de ella. Sólo declara la demandante y un testigo. La sentencia de 1ª Instancia es negativa. La demandante apela a la Rota Romana que la ve por los capítulos alegados

- La falta de amor verdadero ya que el matrimonio se contrajo por inercia, tras once años de noviazgo y por las presiones familiares y sociales¹⁴⁶.

De esta relación, se deduce que las causas para simular que son reconocidas por la jurisprudencia de la Rota Romana, no han variado considerablemente en estos últimos años: arraigado rechazo a los hijos o a los niños, miedo al parto, fuerte deseo de independencia o libertad, temor al fracaso de la convivencia conyugal, la excesiva preocupación por el propio cuerpo o la profesión, el haber contraído matrimonio sin amor suficiente o sin la debida libertad, etc. En cuanto a las circunstancias antecedentes, concomitantes y subsiguientes tenidas en consideración para la valoración positiva de la exclusión, tiene clara conexión con la inexistencia de hijos y el análisis de los medios anticonceptivos, así como la eficacia de los mismos objetiva y subjetivamente.

7. CONCLUSIONES

A modo de conclusión general, señalamos, a continuación, las principales constantes que aparecen en las 140 Sentencias (inéditas)¹⁴⁷ de la Rota Romana sobre nulidad matrimonial por exclusión de la prole, aun cuando no hayan sido tratadas directamente en un apartado específico de esta investigación:

en 1ª Instancia. En el *in facto* se recoge que ella siempre había excluido la prole, condicionándola al éxito de su matrimonio, sobre el cual siempre tuvo muchas dudas. A ellas se añadió otra razón para no tener hijos: las perturbaciones psíquicas (depresiones con tratamientos psiquiátricos y farmacológicos) que padecían los familiares de él. Asegura que nunca tuvieron relaciones abiertas a la procreación, sino que siempre usaron medios que lo impidiera: preservativo y píldora del día después (nn. 15-16). La demandante aparece como más creíble que el demandado.

¹⁴⁶ Sentencia c. Monier, Reg. Campani seu Nolana, de 13 de julio de 2012 (A 117/2012): El matrimonio italiano no llega a los cinco años. Agravándose las disensiones, se separan civilmente en 2004. El varón por razones de conciencia solicita la nulidad por exclusión de la prole por ambas partes. La sentencia de 1ª Instancia es afirmativa. Pasan los autos al tribunal de apelación y éste da sentencia negativa. El demandante apela a la Rota Romana que la ve por el capítulo alegado en las anteriores instancias. En el *in facto*, el ponente anota que el Defensor del Vínculo cree que la causa es frágil por las discrepancias en las declaraciones. Pero, la nueva instrucción, realizada en esta instancia, resuelve muchas de las dificultades que aparecen en la segunda instancia. Ciertamente, existen discrepancias entre las confesiones de las partes, pero hay que atribuir las al modo cómo se instruyó la causa en segunda instancia. De gran importancia son las declaraciones de tres sacerdotes y un obispo. Aunque, dada la práctica cristiana de las partes, sean difícil de admitir tanto la causa próxima de la simulación, como la práctica, constate y firme, de los medios anticonceptivos, los hechos son siempre más elocuentes que las palabras y los hechos están ahí. La causa para contraer ciertamente no fue el amor entre ellos, sino las presiones familiares.

¹⁴⁷ De las 140 sentencias, 12 son del año 2006, 23 del año 2007, 24 del año 2008, 31 del año 2009, 18 del año 2010, 22 del año 2011 y 10 sentencias del año 2012.

1. Abrumadora mayoría de causas italianas: 122 frente a 18 de otros países, entre los que figuran Brasil, Estados Unidos, Polonia, Argelia, Francia, Colombia, Irlanda, Alemania, Eslovaquia, Líbano y Malta. Esto supone el 87% de las causas. También hay muy pocos matrimonios en el que los cónyuges pertenecen a países diferentes.
2. Notable la frecuencia de las causas en las que la sentencia de 1ª Instancia es negativa y la de 2ª Instancia es afirmativa. Si la de primera instancia es afirmativa, lo más frecuente es que los tribunales de 2ª instancia no concedan la confirmación de la Sentencia de 1ª Instancia, sino que la pasen a proceso ordinario.
3. Ligera superioridad el número de sentencias a favor de la nulidad por exclusión del *bonum prolis*. El porcentaje exacto de las sentencias a favor, supera el 57%¹⁴⁸.
4. Larga duración de los procesos de nulidad. El más corto contabilizado es de cuatro años desde que se comienza en el Tribunal Diocesano. El más largo llega a veintiséis años.
5. En el *in iure*, entre los textos legales (y doctrinales) es muy frecuente citar, además de los cánones (1055, 1056, 1057 y 1101), la Constitución *Gaudium et Spes* y la Exhortación Apostólica *Familiaris Consortio*.
6. Constante mención en el *in iure* de la distinción entre el derecho y el uso o ejercicio del derecho, al examinar la exclusión de la prole por los contrayentes para determinar, posteriormente, si la exclusión fue absoluta y/o perpetua o solamente temporal.
7. Frecuente invocación conjunta, como capítulos de nulidad, de la exclusión de la indisolubilidad y de la prole y análisis en el *in iure* y los *in facto* de la relación entre estos dos posibles capítulos de nulidad, bien porque se entienda que la razón para evitar la prole puede ser no causar a los hijos el daño de la carencia de uno de los cónyuges, o bien porque se evitan para que los hijos no sean obstáculo para recuperar

¹⁴⁸ De las 12 sentencias analizadas en el año 2006, el 50% son a favor de la nulidad y el otro 50% lo son en contra. En cuanto al año 2007, 12 sentencias son positivas y 11 negativas. Respecto a las analizadas en el 2008, 14 sentencias afirman que consta de la nulidad del matrimonio por exclusión del *bonum prolis* y 10 de ellas declaran que no consta por dicho capítulo (aunque en dos de ellas sí consta por el c. 1095). De las sentencias del año 2009, 17 son negativas por la exclusión del *bonum prolis*, (si bien 3 de ellas son afirmativas por exclusión de la indisolubilidad y 1 de ellas por el c. 1095), y 14 son a favor de la nulidad por exclusión de los hijos. En el año 2010, encontramos 6 sentencias negativas por exclusión de la prole (aunque dos de ellas son positivas por exclusión de la indisolubilidad), y 12 son afirmativas por dicho capítulo. De las 22 sentencias del año 2011, 14 son a favor de la nulidad por exclusión del *bonum prolis* y solo 8 en contra de la misma (aún cuando una de ellas es positiva por exclusión de la indisolubilidad y por el c. 1095). De las 10 sentencias analizadas del año 2012, 8 son a favor y solo 2 en contra.

la libertad si las cosas van mal¹⁴⁹. Hemos encontrado 17 sentencias afirmativas por ambos capítulos

8. Insistente exigencia de un acto positivo de voluntad excluyente de la prole e insistencia en que no basta para probar la nulidad las meras ideas, opiniones, mentalidad anti-prole. Aunque sí existe alguna sentencia en la que se reconoce una determinada mentalidad como acto positivo implícito.
9. Relevancia jurídica de la *causa contrahendi* y *causa simulandi* (próxima y remota) en la prueba de la simulación, así como las circunstancias antecedentes, concomitantes y subsiguientes, en particular, el uso constante y firme de medios anticonceptivos.
10. Salvo un supuesto de esterilización voluntaria (vasectomía del varón), no hemos encontrado ningún caso en el que se afrontara la exclusión de la prole por alguna enfermedad de transmisión sexual en alguno de los cónyuges, ni porque se hayan utilizado técnicas de reproducción asistida,
11. No suele tenerse en cuenta la duración del matrimonio para considerar que ha existido exclusión de la prole. Así, nos encontramos con sentencias de nulidad sobre matrimonios cuya duración oscila entre los 4 meses y los 30 años. Sin embargo, es notable que el ponente de turno no haga la menor referencia a la corta duración de los matrimonios cuya nulidad se pide, al menos como indicio de nulidad por ausencia de un verdadero consentimiento matrimonial.
12. Es más frecuente que el demandante sea el varón y no la mujer.
13. También es frecuente que la parte demandada no comparezca en el proceso y sea declarada ausente en la causa, con especial relevancia

¹⁴⁹ Así se indica en el In Iure de una c. Turnaturi, Reg. Insubris seu Cremonen, de 14 de diciembre de 2006 (A 167/2006); una c. Ciani, Reg. Piceni seu Camerinen, de 29 de noviembre de 2006 (A 160/2006), en la que se indica en el In Iure que “cuando junto con la exclusión de la prole, se excluye también la indisolubilidad, si las cosas no van bien, se presume que se ha excluido el derecho y no sólo el uso del derecho”. Otras sentencias positivas por ambos capítulos son: c. Serrano Ruiz, Reg. Latii seu Romana, de 7 de julio de 2006 (A 98/2006); c. Ciani, Reg. Latii seu Romana, de 7 de febrero de 2007 (A 13/2007); c. Sable, Reg. Siculi seu Catanen, de 6 de diciembre de 2007 (A 148/2007); c. Huber, Reg. Pedemontani seu Novarien, de 13 de diciembre de 2007 (A 151/07); c. Verginelli, Reg. Campani seu Napolitana, de 23 de mayo de 2008 (A 89/2008); c. Monier, Reg. Sardiniae seu Calaritana, de 28 de noviembre de 2008; c. Verginelli, Reg. Campani seu Napolitana, de 23 de mayo de 2008 (A 89/2008); c. Pinto, Reg. Insubris seu Cremonen, de 27 de marzo de 2009; c. Turnaturi, Reg. Latii seu Anagnina, de 14 de mayo de 2009 (A 60/2009); c. Caberletti, Reg. Triveneti seu Patavina, de 23 de julio de 2009 (A 114/2009); c. Defilippi, Reg. Insubris seu Mediolanen, de 15 de octubre de 2009 (A 127/2009); c. Monier, Reg. Piamontano seu Astensis, de 5 de noviembre de 2010 (A 148/2010); c. Defilippi, Reg. Latii seu Frusinatesis, de 6 de mayo de 2010 (A 72/2010); c. Monier, Reg. Triveneti seu Patavina, de 15 de diciembre de 2011 (A 179/2011); c. Caberletti, Reg. Ligustici seu Spedien, de 10 de julio de 2012 (A 111/2012).

teórico-práctica cuando se trata de la parte simulante, al no poder contar con su confesión. Sin embargo, no impide la declaración de nulidad en muchos casos.

14. Llama la atención la ausencia de matrimonios mixtos o/y dispares.
15. También es muy llamativa la frecuencia de la ausencia total de hijos, como causa o efecto de la nulidad que se solicita.
16. Presencia no rara de embarazos prematrimoniales y de “matrimonios reparadores”, como solución al problema que plantean.

ANEXO: BIBLIOGRAFÍA RECIENTE SOBRE EL *BONUM PROLIS*

ASSOCIAZIONE CANONISTICA ITALIANA (ED.), *La giurisprudenza della Rota Romana sul matrimonio (1908-2008) Atti del XLI Congresso nazionale di diritto canonico*, Spoleto, 7-10 DE SEPTIEMBRE DE 2009, Città del Vaticano 2010; J. L. ACEBAL LUJÁN – F. RAZNAR GIL, *Jurisprudencia matrimonial de los tribunales eclesiásticos españoles*. Publicaciones Universidad Pontificia de Salamanca 1991; F. RAZNAR GIL, *AIDS/SIDA y matrimonio canónico: Curso de Derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro (CDMPC) XIV*, Salamanca 1998, 113-158; Id, *El aplazamiento ad tempus de la prole en el consentimiento matrimonial*, en *Escritos en honor de Javier Hervada*, Pamplona 1999, 687-729; Id, *La prueba del consentimiento matrimonial simulado*. Indicaciones jurisprudenciales recientes: *Revista Española de Derecho Canónico (REDC)* 54 (1995) 563-592; Id, *Derecho Matrimonial Canónico vol II, cánones 1057; 1095-1107*. Publicaciones de la Universidad Pontificia de Salamanca 2002; M. C. AMADOR GIL, *La influencia del embarazo previo al matrimonio en las declaraciones de nulidad matrimonial canónica*. Universidad Pontificia de Salamanca 2005; C. BARBIERI, (ed.), *La coppia coniugale: attualità e prospettive in medicina canonistica*, Città del Vaticano 2007; A. BERNÁRDEZ CANTÓN, *Simulación parcial por exclusión de la prole*, en J. I. BAÑARES (COORD.), *Simulación matrimonial en el Derecho canónico*, Pamplona 1994; Id, *Simulación parcial por exclusión del bien de la prole*: *Revista Española de Derecho Canónico (REDC)* 56 (1999) 721-743; P. BIANCHI, *Il pastore d’anime e la nullità del matrimonio: l’esclusiones della prole*: *Quaderni di Diritto Ecclesiale* 6 (1993) 196-219; P. A BONET, *L’ordinatio ad bonum prolis quale causa di nullità matrimoniale*: *DE* 95 (1984/II) 301-50; I. BRIONES MARTÍNEZ, – M. DOMINGO GUTIÉRREZ, *Simulación parcial por exclusión del bien de la prole*: *REDC* 56(1999) 721-43;

J. CAPSETA CASTELLÁ, Procreación responsable y problemática sectaria: REDC 56 (1999) 745-756; C. CARRODEGUAS, Sentencia Toledo, c. C. Carrodegua, Exclusión de la prole: REDC 63 (2006) 377-393; F. CATOZZELLA, Distinzione tra ius ed exercitium iuris. Evoluzione storica ed applicazione all'esclusione del bonum prolis, Roma 2007; C. A. CEREZUELA GARCÍA, El contenido esencial del bonum prolis, Estudio histórico-jurídico de la doctrina y jurisprudencia, Roma 2009; Id, Il contenuto essenziale del bonum prolis: Periodica 99 (2010) 431-459; G. COMOTTI, Ordinatio ad prolem del matrimonio e scelta di non procreare: alcune riflessiones canonistiche in tema di procreazione responsabile, en Matrimonio e AIDS, Torino 1995, 91-115; M. DOMINGO, Las técnicas procreativas y el derecho de familia. Madrid 2002; J. P. DURAND, Implications canoniques des débats actuels sur la procreation: RDC 45 (1995) 285-98; F. H. FRANCESCHI, Il contenuto del bonum prolis e del bonum fidei alla luce del fenomeno della procreazione artificiale: IusEcclesiae 10 (1998) 241-52; Id, L'esclusione della prole nella giurisprudenza rotale recente: IusEcclesiae 11 (1999) 146-65; J. A. FUENTES CABALLERO, Sentencia de Coria-Cáceres, c. Fuentes Caballero, "Exclusión de la prole": REDC 63 (2006) 417- 466.; J. J. GARCÍA FAÍLDE, Incidencia de las técnicas de reproducción artificial asistida en la exclusión de la prole y de la fidelidad: CDMPC, XII, 1996, 267-284; A. GONZÁLEZ MARTÍN, Sentencia de Mérida-Badajoz, c. A. González Martín, "Exclusión de la prole": REDC 63 (2006) 909-925; J. HERVADA XIBERTA, Esencia del Matrimonio y consentimiento matrimonial en Escritos de Derecho natural. Pamplona 1986; M. LÓPEZ ALARCÓN – R. NAVARRO VALLS, Curso de Derecho Matrimonial canónico y concordado, Madrid 2010; L. MAI, Atti contro natura" e matrimonio canonico: Il Diritto Ecclesiastico 118 (2007) 245-258; P. J. MARTÍNEZ ROBLES, Procreación responsable y bien de la prole: CDMPC XV, Salamanca 2000, 197-234; Id, La simulación parcial por exclusión temporal del bien de la prole. Doctrina canónica y jurisprudencia rotal (1984-1994): Giennium 1 (1998) 149-246; A. MONTAN, Situazioni matrimoniali difficili e irregolari, nozioni, tipologie, disposizioni ufficiali: Orientamenti Pastoralis 58/9 (2010) 24-34; A. MOSTAZA RODRÍGUEZ, La exclusión del "bonum prolis" y del "bonum fidei": CDMPC IX, Salamanca 1990, 333-360; F. A. NATASI, La fecondazione artificiale nella prospettiva del Diritto Canonico del matrimonio e della famiglia, Roma 2005; V. NAVARRETE, Novae methodi technicae procreationis humanae et ius canonicum matrimoniale: Periodica 77 (1998) 97-98; E. OLIVARES, Matrimonios contraídos sin la reflexión adecuada, en: F. J. ALARCOS

(ED), *La moral cristiana como propuesta*, Madrid 2004, 739-361; G. ORLANDI, I “casi difficili” nel processo super rato, Padua 1984, 51-91; S. PANIZO ORALLO, *El matrimonio a debate hoy. Nulidades en el dos mil*, Madrid 2001, 335-344; C. PEÑA GARCÍA, *Exclusión del bonum prolis, paternidad responsable y SIDA: Iustel.com*, *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, n.12, octubre 2006; Id, *Bonum prolis y ius connubi: Cuestiones abiertas: Estudios Eclesiásticos* 83 (2008) 699-707; Id, *La exclusión Bonum Prolis: Forum Canonicum* IV/ 1-2 (2009) 79-102.; V. REINA, *El consentimiento matrimonial* Barcelona 1989; S. REGGI, *Atto positivo di volontà e simulazione (can. 1101§2). Dottrina e giurisprudenza*, Venezia 2011; C. RICCIARDI, *Procreazione responsabile ed esclusione del “bonum prolis” en: VV. AA., La simulazione del consenso matrimoniale canonico*, Città del Vaticano 1990, 175 y ss; L. ROBITAILLE, *The Temporary Exclusion of the bonum prolis: Studies in Church Law* 7 (2011) 85-112; J. RODRÍGUEZ TORRENTE, *Los matrimonios simulados: repercusiones de su tratamiento normativo civil*, en R. RODRÍGUEZ CHACÓN Y C. GUZMÁN PEREZ, (Ed), *Instituciones básicas, interacciones y zonas conflictivas de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico*, Madrid 2009, 189-225; J. M. SERRANO RUIZ, *El acto de voluntad por el que se crea o frustra el consentimiento matrimonial: REDC* 51 (1994) 567-589; K. W. SCHMIDT, *Educatio prolis and the validity of marriage*,: *The Jurist* 55 (1995) 243-80; A. STANKIEWICZ, *L’esclusione della procreazione ed educazione della prole: Apollinaris* 63 (1990) 625-54; Id, *Exclusion del “bonum sacramenti et bonum prolis: Anuario Argentino de D. Canónico* 12 (2005) 425- 447; A. VANZI, *L’incapacità educativa dei coniugi verso la prole, come incapacità ad assumere gli oneri essenziali del matrimonio (c. 1095, 3º): Periodica* 95 (2006) 627- 645; A. M^a VEGA GUTIÉRREZ, *La exclusión de elementos esenciales y propiedades del matrimonio. La problemática de la simulación parcial*, en VV.AA., *El matrimonio y su expresión canónica*, Pamplona 2000, 1219-68; P-J. VILADRICH, *Estructura esencial del matrimonio y simulación del consentimiento. Instituto de Ciencias de la Familia. Pamplona* 1997; Id, *El consentimiento matrimonial. Pamplona* 1998; M. WEGAN, *Esclusione del bonum prolis e fecondazione artificiale: Quaderno dello Studio Rotale* 15 (2005) 104-107.