

VÍCTOR SEBASTIÁN IRANZO

LA FICCIÓN EN LA RETROACTIVIDAD DE LA
— SANACIÓN MATRIMONIAL

1) EL PROBLEMA DE LA RETROACTIVIDAD

En el canon 1.138 del Código de Derecho Canónico ¿qué entendemos por «retrotractio circa effectus canonicos ad praeteritum»? Interpretando y traduciendo casi literalmente la expresión de la Ley, ello significa la *proyección* al pasado de los efectos canónicos del matrimonio, que entonces no se produjeron debido a que existía un impedimento que obstaculizaba la eficacia del consentimiento, pero que ahora, en virtud de la sanación que remueve dicho impedimento, parece como si esos mismos efectos hubieran de producirse y, por lo mismo, con un carácter retrospectivo. Aun cuando los efectos surgen en virtud de un hecho presente que es la sanación, existe un inevitable desplazamiento retroactivo en la virtualidad misma de la operación sanatoria, que deduce los efectos del tiempo pasado.

Deducir los efectos del pasado, no es atribuir los efectos al tiempo pasado. Esto último constituiría un evidente imposible metafísico.

Algunos autores, como MUELLENDORF (1), para salvar el inconveniente de la imposibilidad metafísica, sin dejar por otro lado de admitir la producción de los efectos en el mismo tiempo pasado, han recurrido a una original e inverosímil explicación, basada en la supuesta condición a que el Papa sometería sus propias leyes en lo que se refiere a la eficacia invalidante del matrimonio.

Suponen estos autores que el matrimonio sanado en la raíz ha sido válido desde el principio de su celebración, debido a que el R. Pontífice dio antes sus leyes irritantes del matrimonio sujetándolas a una condición, a saber: No quedan sometidos a estas leyes aquellos matrimonios a los que, según previsión divina, el Papa otorgará a su debido tiempo la sanación en raíz. En este sentido la sanación sería una mera operación declaratoria del Papa que reconocería en el fuero externo y eclesiástico el valor y eficacia inicial del matrimonio sanado.

(1) *Act. Theol. Oenip.*, III, 473.

Expongamos a continuación los argumentos que pueden ser opuestos a esta doctrina:

1. La teoría en cuestión supone un hecho falso, a saber: que el matrimonio sanado en la raíz ha sido válido desde el principio, y reduce, equivocadamente, el decreto pontificio que otorga la sanción a una mera sentencia declaratoria del valor perdurante del matrimonio desde la fecha de su celebración.

2. Al objeto de evitar la imposibilidad metafísica que supone una producción de efectos jurídicos en el pasado, incurren en otro absurdo tan grave como el de considerar condicionadas las normas eclesiásticas anuladoras del matrimonio. ¿En qué lugar del derecho canónico encontramos, pues, algún vestigio al menos de semejantes leyes sujetas a tal condición?

3. Tal condición impuesta en la ley, obligaría como la misma ley; mas para ello se requería una promulgación de la misma condición (2). Todo matrimonio sanado en la raíz, habría sido inválido en un principio, antes de la sanación, en virtud de la ley anuladora eclesiástica, y, al mismo tiempo, habría sido válido también por causa de esa intención oculta del Papa que, en cuanto no promulgada, no podría ser eficaz.

4. Esa dependencia de las leyes eclesiásticas respecto de la condición de la futura declaración pontificia, es un hecho ficticio, supuesto por los mantenedores de esta tesis, y que no corresponde a realidad histórica alguna, pues hasta ahora ningún Soberano Pontífice ha hecho manifestación alguna de semejante intención que haya tenido al promulgar leyes eclesiásticas sobre el matrimonio o sobre otra cuestión. Es más, esa manera de promulgar las leyes sería improcedente en una sociedad visible cual es la Iglesia.

5. Los autores que propugnan esta tesis no pueden, en modo alguno, conciliarla con la práctica eclesiástica. El consentimiento matrimonial que se hace depender en cuanto a su efectividad de una condición futura y contingente al presente, es decir, cuando se celebra el matrimonio, es evidente que no puede producir todavía el vínculo matrimonial (pues la condición todavía está en un futuro imprevisible). Si se recurre a la previsión divina, y, mediante ella, quieren reducir la condición de futuro a condición de presente, entonces es cierto que deben admitir el valor inicial de ese matrimonio que, en la previsión de Dios, ha de ser sanado por la Iglesia. Pero esta lógica consecuencia

(2) «Leges instituuntur dum promulgantur», c. 3, D. IV; Canon 8, p. 1.º

chocaría con las palabras de una decretal de Benedicto XIV (3) que dice: «Sed —per sanationem in radice— effectus de medio tolluntur, qui ob huiusmodi matrimonii nullitatem ante indultam dispensationem atque etiam in ipso matrimonii contrahendi actu *producti* fuerunt.»

6. Alguna vez la Iglesia exige en la sanación la renovación del consentimiento en ambas partes, lo cual ciertamente no sería procedente si ya el matrimonio hubiera sido válido desde un principio (4).

7. El matrimonio, como tal, surge en el momento de la sanación. A partir de ese punto quedan removidos los obstáculos que impedían jurídicamente la producción de sus efectos al consentimiento matrimonial prestado antes. Ese consentimiento fue naturalmente suficiente, más jurídicamente ineficaz. La sanación es una intervención de la autoridad legítima que hace que aquel consentimiento inicial produzca el matrimonio y el sacramento. Si se habla precisamente de una sanación del consentimiento, o sea de la raíz; si esa es la denominación que se da a la institución en cuestión, ¿cómo querer suponer la validez, es decir, la eficacia jurídica del matrimonio antes de la operación *sanatoria*? De ser exacta la postura de aquellos autores habría que dar otro nombre a la institución.

No ha lugar, pues, a pensar cabalmente que pueda tener viabilidad esta posición.

La tesis clásica, por el contrario, siguiendo una tradición constructiva que data del siglo XVII, aboga, en su explicación, por la eficacia retroactiva que tiene la ley que dispensa del impedimento dirimente. No hay ficción. Simplemente se dice que la dispensa se retrotrae al momento inicial del matrimonio, y la prole se hace legítima en cuanto a todos los efectos.

Valgan, por todas, las palabras de SCHMALZGRUEBER:

«Papa sic dispensando non facit, ut matrimonium reipsa non fuerit nulliter contractum, sed tantum revocat, et tollit damna, ex iure ecclesiastico profecta, et prolem restituit in statum, in quo fuisset, si lex ecclesiastica matrimonium irritans tempore matrimonii contracti non fuisset» (5).

(3) «Cum nuper» de 27 de septiembre de 1755.

(4) Vid. WERNZ-VIDAL-AGUIRRE: *Ius canonicum*, tom. V, Ius matrimoniale, Romae, 1946, not. 21, págs. 865 y 866.

(5) SCHMALZGRUEBER: *Ius ecclesiasticum universum seu lucubrationes canonicae in quinque libros Decretalium*, vol. IX, Romae, 1845, pág. 357.

2) LA FICTIO IURIS

No es lo mismo ficción de derecho que presunción de derecho. Existe ficción de derecho (6) al suponer la existencia de algo cuando por otra parte se sabe precisamente que eso mismo que se «da» por supuesto no tiene, o no ha tenido, existencia real. La ficción parece que construye en la mente del legislador unas formas que no se corresponden con una existencia efectiva. En una ficción se declara, por ejemplo, legítima la prole, a fin de favorecerla concediéndole los derechos de los hijos legítimos, cuando por otro lado se sabe con certeza, y precisamente por eso, que tales hijos han nacido fuera de matrimonio válido o putativo, es decir, que no son originaria y realmente legítimos. Se trata de una categoría que *propter favorem* les otorga el legislador. Por eso se dice con razón que «fictio cessat ubi veritas locum habere potest» (7).

La presunción de derecho supone, para su aplicación, un estado de duda. Es, como dice el canon 1.825, p. 1.º, «rei incertae probabilis coniectura» (conjetura probable que se hace de una cosa incierta). Por tanto, la presunción de derecho se acerca más a la realidad que la ficción, pues abriga una conjetura «probable», y, por el contrario, la ficción reconoce la irrealidad material como indubitada.

ALCIATO definió la *fictio iuris* como «legis adversus veritatem in re possibili ex iusta causa dispositio» (8). Es, pues, una disposición legal que, mediando una causa justificante, contradice, jurídicamente tan solo, a una realidad en una materia en que sea posible esa contradicción.

En esta definición la «veritas» se refiere a una categoría jurídica y no a una realidad física. Este punto del concepto de la *fictio iuris*, no deducible fácilmente de la definición, hay que subrayarlo.

CARRIERE (9) distingue dos clases de efectos de la *sanatio in radice*: los efectos reales y verdaderos, y aquellos otros que no existen sino «ex fictione

(6) Vid. H. JONE: *Commentarium in Codicem Iuris Canonici*, tom. III, 1955, canon. 1826, pág. 182.

(7) BARBOSA: *Axiomatum iuris usu frequentiorum expositio*, Axioma XCVIII, Fictio.

(8) *Parergon iuris*, VI, cap. I.

(9) CARRIERE, *De matrimonio*, París, 1837, tom. II, pág. 548.

iuris». Todo efecto retroactivo es ficticio. «Cum vero —dice— quod factum est infectum esse nequeat, effectum non producit (dispensatio) quoad praeteritum nisi ex fictione iuris». Los hijos nacidos antes de la sanación son «considerados» (he ahí el efecto ficticio) como legítimos.

Para GURY (10), que califica también de ficticios los efectos retroactivos de la *sanatio in radice*, los hijos nacidos antes de la concesión de la *sanatio* no son solamente «considerados» como legítimos, sino que lo son realmente.

El Código de Derecho Canónico, inspirado en este punto en la doctrina de GASPARRI, adopta la tesis de la *fictio iuris* para explicar los efectos retroactivos de la sanación. «La subsanación del matrimonio en la raíz es una revalidación del mismo —dice el canon 1.138, p. 1.º— que lleva consigo, además de la dispensa o cesación del impedimento, la dispensa de la ley que impone la renovación del consentimiento y la retracción del matrimonio al tiempo pasado, por una *ficción del derecho*, en cuanto a sus efectos canónicos».

GASPARRI dice que «Ecclesia.. per fictionem iuris retrotrahit hanc dispensationem ad initium matrimonii, nisi aliud dicatur (seu fingit hanc dispensationem fuisse concessam quando matrimonium initum fuit) ...et prolem legitimam habet ab inito matrimonio (11).

Con mayor claridad se expresa DE SMET al decir que el matrimonio comienza a ser válido «ex nunc» pero a él se le reconocen los efectos jurídicos, especialmente la legitimación de la prole, del mismo modo que si hubiese sido válido «ex tunc», es decir, en el momento de la celebración inicial del contrato, o en otro momento posterior (12). En una nota hace alusión expresa al mecanismo de la ficción: «per fictionem iuris —dice— censetur matrimonium ab initio (vel a momento intermedio) fuisse validum et effectus canonicos sortitum: in specie legitima censetur prolis ac si fuisset legitime nata, ac ita ut in omnibus aequiparetur legitimè natis» (13).

CHELODI-CIPROTTI subraya la categoría jurídica de la ficción, que supone, como hemos señalado al principio, algo evidentemente desconectado de la realidad física. Después de afirmar que el matrimonio obtiene «ex nunc» su valor y que la Iglesia no podría («cum haec sit metaphisica impossibilitas») hacer que fuera válido desde el principio, explica el poder retroactivo de la

(10) GURY, *Handbuch des Kirchenrechts*, Leipzig, 1898, II, pág. 507.

(11) GASPARRI: *Tractatus canonicus de matrimonio*, tom. II, 1932, pág. 260.

(12) DE SMET: *Tractatus theologico-canonicus de Sponsal. et matrimonio*, Brugis, 1927, pág. 623 y 624.

(13) DE SMET: *Ob. cit.*, not. I, pág. 624.

sanatio diciendo que la Iglesia puede, sin embargo, *jurídicamente*, y en lo referente a los efectos canónicos, *considerar* como válido el matrimonio. Por una *ficción* de derecho —sigue diciendo— ciertamente la dispensa se retrotrae al tiempo anterior de la celebración y consiguientemente el matrimonio, cosa perfectamente posible, se considera como válido, del mismo modo que si se hubiese celebrado desde un principio sin impedimento, abrogándose en el pretérito todos los efectos de la ley irritante; por consiguiente los hijos se consideran nacidos de justas nupcias y legítimos (14).

Los hijos serán legítimos desde el momento en que se aplica la sanación al matrimonio del que nacieron. Esta sanación tiene la eficacia de remover en el tiempo pasado el obstáculo *jurídico* que se oponía a esa legitimidad presente de tales hijos. Por eso el autor explica que: «*Haec plenissima coniugii instauratio vocatur sanatio in radice, quia iuridice (non obiective) regreditur usque ad eius originem et removet causam nullitatis*» (15). Por esta razón no nos parece exacta la expresión de BANK que, al señalar los efectos de la sanación en raíz, dice, en lo que se refiere a los hijos del matrimonio sanado: «... 4.º proles legitimae sunt a momento consensus licet invalide manifestati: *ex tunc*» (16).

WERNZ-VIDAL también se acoge a la *fictio iuris* para explicar cómo la dispensa se considera (censetur) que precede al matrimonio. Después de la ejecución de la dispensa, el matrimonio se considera como válido desde el momento de su celebración. Veamos cuáles son sus palabras textuales:

«*Praeterea quia per fictionem iuris dispensatio censetur praecedere matrimonium, post executionem dispensationis matrimonium reputatur taquam validum inde a momento primae celebrationis matrimonii, sive ut dicitur «ex tunc», et consequenter coniuges ipsi etiam ex tunc quoad effectus consentur legitimi.*»

«*Alter effectus principalis sanationis in radice est legitimatio prolis ex tunc sive inde a prima celebratione matrimonii progenitae*» (17).

Con mucha claridad se expresa CAPPELLO. «El matrimonio —dice— se hace válido «*ex nunc*» (y, para los bautizados, el sacramento comienza «*ex*

(14) CHELODI-CIPROTI: *Ius canonicum de matrimonio*, Vicenza, 1947, página 211.

(15) BANK, *Connubia canonica*, Romae, 1959, pág. 573.

(16) *Ibidem*.

(17) WERNZ: *Ob. cit.*, pág. 878.

LA FICCIÓN EN LA RETROACTIVIDAD DE LA SANACIÓN MATRIMONIAL

nunc»); sin embargo, en cuanto a los efectos canónicos, se considera válido «ex tunc», esto es, desde el momento de la celebración, o, si se hubiera expresamente así dispuesto, desde el tiempo intermedio. La retroacción consiste en que la Iglesia *jurídicamente* considera al matrimonio como si ya desde el principio, esto es «ex tunc», hubiese sido *válidamente* contraído, y quita para el pretérito todos los efectos de la ley irritante. Esta retroacción es meramente ficticia, pues se hace por una ficción de derecho. Ciertamente no se podía hacer de otro modo (18).

Del mismo modo CONTE A CORONATA explica el mecanismo de la retroacción por medio de la ficción, y así dice que el matrimonio «fictione iuris ad momentum emissi primitus consensus naturaliter sufficientis inefficacis autem ob impedimentum ecclesiasticum aut ob defectum formae, retrahitur (19).

En cuanto a los hijos, este autor habla de «plena legitimitas, non legitimatio», como efecto de la sanación (así también DE SMET, CHELODI, etc.).

Algunos autores hablan de «legitimación» plenísima (como, por ejemplo, WERNZ-VIDAL), pero ya que la legitimación supone generalmente alguna limitación o excepción (20), parece más adecuado emplear la palabra «legitimidad» cuando se trata de la sanación, ya que, como dice CONTE A CORONATA, ésta hace a los hijos legítimos sin limitación (21).

Creemos también nosotros más lógico y procedente hablar de «legimitas», y no de «legitimatio», no sólo por la razón que apunta CORONATA, sino, y esto es mucho más trascendente, porque la legitimación no supondría necesariamente retroactividad, mientras que la legitimidad, reconocida a favor de un hijo que antes de la sanación ha sido ciertamente ilegítimo, entraña una visión *retrospectiva* («retrotractio», como dice la Ley) por parte del legislador, en cuyo ánimo está el propósito de restablecer lo mejor posible las cosas en el estado en que se hubieran encontrado de no haber existido el impedimento matrimonial. Para la legitimación no haría falta recurrir a la *fictio*. Para la legitimidad sí que hay que recurrir a ella, pues el hijo «ilegítimo» no puede convertirse en «legítimo», rigurosamente hablando, sino más bien «legitimarse». Por eso

(18) CAPPELLO: *Summa iuris canonici*, vol. II, Romae, 1951, pág. 382.

(19) CONTE A CORONATA, *Institutiones iuris canonici*, De Sacramentis, volumen III, 1946, Taurini-Romae, pág. 962.

(20) El «nisi aliud expresse cautum fuerit» del c. 1.117.

(21) CONTE A CORONATA, *ibid.*, nota 3.

parece que se hace más necesaria la ficción para explicar el cambio. Y la *factio*, tengámoslo en cuenta, es presupuesto legal.

3) LA POSICION DE BERNHARD

JEAN BERNHARD, en dos importantes trabajos publicados sobre la materia (22), se muestra poco partidario de la teoría de la *factio iuris* aplicada a la sanación en raíz del matrimonio. Pone en tela de juicio científico la teoría de GASPARRI, plasmada en el Código, como informada tal vez por la corriente de los autores que habían dado a la ficción una explicación distinta a la genuina del derecho romano. No hay que olvidar, a este respecto, que el concepto romano de la ficción, y que afecta a las cualidades jurídicas y no a las realidades físicas, es el punto de partida, como dice el mismo BERNHARD (23), de la institución canónica auténtica.

BERNHARD rechaza la teoría de la *factio* porque la supone inadecuada, en el sentido de que no se ajusta al verdadero carácter que la *factio iuris* tiene en el derecho romano. «¿No valdría más —dice este autor sin rodeos— suprimir en el texto oficial los términos «per fictionem iuris», y abandonar a los canonistas el cuidado de analizar el mecanismo interno de la retroactividad de la «sanatio in radice?» (24).

En otro lugar el autor nos dice que «a partir del momento B (que es el de la concesión de la sanación) los hijos nacidos de matrimonio nulo entre A (momento del «initium matrimonii») y B son, en virtud del canon 1.138. p. 1.º, legítimos después de A: lo que implica necesariamente la supresión de su ilegitimidad primera. El fundamento físico de la ilegitimidad primitiva —sigue diciendo— quedará siempre, pues el legislador no puede modificar la naturaleza metafísica de los hechos, pero al estado jurídico de ilegitimidad, basado en el canon 1.114, sucede el estado jurídico de legítimi-

(22) JEAN BERNHARD: «Propos sur la nature juridique de la sanatio in radice dans le droit canonique actuel», en *Ephemerides iuris canonici*, vol. IV, 1948, págs. 389-406; y «L'explication juridique de la retroactivité de la sanatio in radice dans la doctrine canonique moderne», en *Ephemerides iuris canonici*, vol. VII, 1951, págs. 80-88.

(23) JEAN BERNHARD: *L'explication juridique...*, pág. 85.

(24) JEAN BERNHARD: *L'explication juridique...*, pág. 88.

dad fundado en el canon 1.138, p. 1.º Asistimos —dice— a una sucesión de estados jurídicos tan reales jurídicamente el uno como el otro».

Continúa el autor: «Y si después del momento B, los hijos nacidos de matrimonio nulo entre A y B son, jurídicamente hablando, legítimos después de A, es, pues, que no son solamente considerados como tales, así como dice la doctrina común. Esta distinción merece ser indicada; en el primer caso, la legitimidad retroactiva es un hecho jurídico real, en el segundo, un hecho jurídico supuesto.»

Y más abajo concluye: «Nos queda que motivar jurídicamente la sustitución de la legitimidad (estado jurídico real) a un pasado jurídico no menos real (la ilegitimidad primitiva)». «La explicación más simple —dice— consistiría en suprimir en el canon 1.138, p. 1.º, las palabras «per fictionem iuris». «El hijo nacido de un matrimonio sanado en su raíz sería declarado legítimo retroactivamente, en virtud de la ley. No parece que el derecho natural sería frustrado, y sería suficiente modificar en consecuencia el canon 1.114. La regla sería la siguiente: son legítimos los hijos concebidos o nacidos de un matrimonio válido, putativo o sanado en su raíz...» (25).

«Proponemos —dice BERNHARD— que se vuelva a tomar sencillamente la explicación jurídica tradicional de la «sanatio in radice», a saber, la abrogación particular de la ley irritante, con anulación de sus efectos jurídicos pasados. Esta solución presenta la ventaja de aplicar un principio jurídico universalmente admitido» (26).

Es curioso analizar las palabras del autor con las que termina el razonamiento de su teoría. Dice así:

«No ha lugar a *considerar* que el legislador ha acordado la dispensa en el momento de la celebración del matrimonio, sino que él abroga efectivamente (para el caso particular del matrimonio que se ha de sanar en la raíz), en el momento de la concesión de la «sanatio in radice», la ley irritante que en otro tiempo se había opuesto a la eficacia jurídica del consentimiento inicial: esta disposición retroactiva del legislador anula ciertamente un estado jurídico pasado, pero sin que sea necesario sustituir una cualidad jurídica a sabiendas falsa en lugar de otra que en realidad no continúa subsistiendo menos. Ninguna confusión de éstas existe en nuestra explicación, pues no nos encontramos allí en presencia de dos categorías jurídicas simultáneas;

(25) JEAN BERNHARD: *Propos sur la nature...*, págs. 402 y 403.

(26) *Ibidem*, pág. 403.

no hay allí más que una, la segunda absorbiendo a la primera. En efecto, resulta de la abrogación retroactiva de la ley del impedimento, que la ilegitimidad primera es suprimida en el momento B (en el de la concesión de la sanación); de manera que a partir de B el consentimiento inicial se hará tan válido como posible, es decir, en cuanto a sus efectos jurídicos según el sentido del canon 1.138, p. 1.º» (27).

De estos largos párrafos, que casi integralmente hemos transcrito para aquilatar con exactitud el pensamiento del autor, colige éste que no existe ninguna confusión, que no estamos allí en presencia de dos categorías jurídicas simultáneas, sino que una, la segunda, absorbe a la primera («nous n'y sommes pas en présence de deux catégories juridiques simultanées; il n'y en a qu'une, la seconde absorbant la première»). Ahora bien, preguntamos nosotros: ¿Puede la tesis de la ficción, rectamente entendida, suponer o imaginar tal confusión de categorías jurídicas? La confusión, inverosímil por cierto, existiría si se tratase, no de categorías, sino de realidades. Mas, tratándose de meras categorías jurídicas, tan sólo pensamos que cabe una absorción (como el autor dice) de una categoría por la otra.

¿Qué dificultad existe, por otra parte, para explicar esa absorción por medio de la *ficción*, que allanaría en este caso el evidente inconveniente teórico del mecanismo mismo de esa sustitución de categorías?

Es cierto que los hijos, nacidos antes de la sanación del matrimonio ahora sanado, no sólo son considerados, sino que son verdaderamente legítimos, que hay una sustitución de categorías, que una de ellas absorbe, por así decirlo, a la otra; pero no es menos cierto, a nuestro parecer al menos, que esa sustitución se opera mediante un procedimiento ficticio, pues la legitimidad de un hijo, hoy por hoy sólo puede conseguirse según la taxativa normatividad del canon 1.114, que para nada se refiere a la sanación en raíz. No cabe «*iure condito*» otra posibilidad de obtener un hijo legítimo que mediante dicho canon. Si en la sanación suprimimos la ficción, el elemento ficticio, entonces la sustitución de categorías quedaría reducida a un mero procedimiento de «legitimación» por rescripto pontificio, pero no se trataría de verdadera legitimidad, como el autor propugna. Luego, resulta ineludible acudir al procedimiento técnico de la ficción (con toda su vaguedad e imperfección) para explicar todo este sutil mecanismo.

(27) BERNHARD: *Propos sur la nature...*, págs. 403 y 404.

LA FICCIÓN EN LA RETROACTIVIDAD DE LA SANACIÓN MATRIMONIAL

Es evidente que los hijos, después de la sanación, son legítimos realmente, y no «meramente considerados» como tales. En este último punto de «considerar» a los hijos como legítimos, flaquea evidentemente la doctrina común (como apunta el autor), y en ello damos toda la razón a BERNHARD. Pero, sin embargo, no estamos de acuerdo con él en creer que sería más perfecta la noción teórica del procedimiento sustitutivo, eliminando la *fictio* de la teoría.

4) LA VERDADERA INTERPRETACION DE LA «FICTIO IURIS» EN EL PROBLEMA DE LA RETROACTIVIDAD DE LOS EFECTOS CANONICOS DEL MATRIMONIO

La ficción, en nuestro caso, creemos que consiste en admitir la concomitancia o, mejor aún, relacionar el matrimonio sanado y el hecho del nacimiento a partir del momento de la sanación. Que se trata de una *fictio iuris* es evidente, ya que esta construcción no altera por supuesto los hechos en su realización temporal; el matrimonio empieza a ser válido en el momento de la sanación (28) y el nacimiento se supone, conforme a la realidad, verificado en el tiempo anterior a aquélla. La ficción, *in casu*, tan sólo admite la concomitancia de ambos hechos como mera categoría jurídica de ellos; concomitancia o relación que, en este sentido y en cuanto sólo es una categoría jurídica, excluye los supuestos de hecho contrarios a la realidad.

Si la ficción supusiera alguna transposición de hechos, v. g.: considerar que el matrimonio fue válido o existió en el momento de su realización inicial, o, por el contrario, que el nacimiento se verificó después de la revalidación o sanación del consentimiento matrimonial, entonces llegaríamos a consecuencias irreales en el orden físico y material. En el primer supuesto habríamos de reconocer legítimos a los hijos en una época (la que antecede a la sanación) en que realmente no lo fueron; en el segundo tendríamos que reconocer la inexistencia de esos hijos en aquellas mismas fechas anteriores a la sanación. Pero no es éste el mecanismo de la ficción operante en la sanación. En esta última cabe tan sólo la ficción de derecho. Según se desprende de la consideración del derecho romano, dice DEKKERS:

(28) De aquí deriva una importante consecuencia práctica, y es que un matrimonio sanado en su raíz puede ser disuelto mediante dispensa *super rato* a pesar de la consumación anterior, si es que los ahora cónyuges no han tenido relaciones conyugales después de la sanación. Vid. esto en BERTOLA: *Il matrimonio religioso* (Dir. matrimoniale canonico), 3 ediz. Torino, pág. 247.

1.º «El punto de vista de las realidades físicas es extraño a esta teoría, que queda limitada al dominio jurídico.» «Las realidades físicas no tienen nada que ver en todo esto. Sólo entra en juego la propiedad de las cualidades jurídicas.»

2.º «La ficción de derecho es un procedimiento técnico que consiste en situar por el pensamiento un hecho, una cosa o una persona en una categoría jurídica a sabiendas impropia, para que salga beneficiada con tal solución práctica, según corresponde a esta categoría.» «La ficción jurídica consiste en dar valor (*consacrer*, dice el autor) no tanto a una irrealidad natural cuanto a un error jurídico» (29).

Por esta razón, en el mecanismo de la *fictio iuris*, tan sólo se puede fingir la categoría jurídica, que en este caso es la concomitancia o relación de esos dos hechos (matrimonio y nacimiento), relación desconectada de todo el lastre fáctico.

El legislador se encuentra con que hay que legitimar plenamente a unos hijos que han nacido de un matrimonio inválido, y que esta legitimación (o mejor dicho, legitimidad) se ha de obrar en virtud de la misma sanación. Es cierto que la sanación tiene un efecto retroactivo (*vis quaedam retroactiva*, como dice WERNZ) en cuanto que hace legítimos (no legitimados como suponía WERNZ) a unos hijos que, en virtud del nacimiento (hecho pasado), no lo serían de ninguna forma. Los hace legítimos mirando al pasado. Si el canon 1.114 dice que son legítimos los hijos «concebidos o nacidos de matrimonio válido o putativo», el matrimonio válido o putativo opera, por así decirlo, sobre el nacimiento para hacer así legítimo al nacido. Normalmente se da esta virtualidad del matrimonio cuando éste antecede al nacimiento. Pero ¿y en el caso inverso en que el nacimiento precedió al matrimonio? Entonces hay que reconocer esa misma virtualidad, pero *retrospectiva*, al matrimonio, para que, de esta forma, el hijo sea legítimo en los términos del canon 1.114, y no meramente *legitimado* «*rescripto principis*».

Esa retroactividad de la sanación supone una ficción, no en el sentido de que, mediante esa ficción, la dispensa se entienda concedida en el momento de la celebración del matrimonio (lo cual sería imposible de fingir, como acabamos de demostrar), sino en el de que se reconoce al matrimonio re-

(29) DEKKERS: *La fiction juridique*, París, 1935, págs. 23 y 86, citado por BERNHARD.

validado, y a partir del momento de la revalidación (único tiempo que cae realmente bajo el imperio de la norma sanatoria), una cualidad jurídica pura y simple que le relaciona con el hecho pasado del nacimiento. En este sentido y no en el puramente material, el efecto retroactivo tiene un carácter de ficción. No es la ficción como supuesto contrario a la realidad física, sino la ficción como supuesto contrario a la realidad jurídica. Supuesto contrario a la realidad jurídica en cuanto que la efectividad actual del matrimonio sanado respecto a los hijos que nacieron antes, se resuelve mediante la ficción de una categoría jurídica que esos hijos no tienen y que, sin embargo, se les reconoce. Y se les reconoce mirando, por así decirlo, al pasado.

Se les reconoce: ficción. *Proyectando* el vínculo presente al nacimiento pasado: retracción.

5) CONCLUSION

Subrayamos el papel indispensable que la teoría de la *fictio* desempeña en la explicación adecuada de la retracción de los efectos jurídicos en la sanación en raíz del matrimonio. La doctrina clásica, en este sentido, ha sido superada por el Código. No admitimos, por tanto, la conclusión de BERNHARD de que sería mejor prescindir de la «*fictio*» en la sanación matrimonial.

Es muy acertado el adverbio *juridicamente* que algunos autores recientes insertan en su exposición teórica del mecanismo de la retroactividad.

Rechazamos la tesis de los que insinúan que los hijos no se «hacen» sino que se «consideran» legítimos.

Nosotros hemos explicado la *retrotractio ad praeteritum* como una especie de deducción que de un hecho pasado (el nacimiento) hace el legislador en el momento presente en que otorga la dispensa sanatoria, o, mejor aún, como una proyección del vínculo matrimonial *presente* al hecho *pasado* del nacimiento para así hacer legítimos, y no meramente legitimados, a unos hijos en virtud del canon 1.114. Por eso y para dar esa fuerza retrospectiva a los términos del 1.114 era preciso recurrir a una ficción... y ficción de derecho.