
La exclusión del *bonum fidei* y su prueba. Doctrina y jurisprudencia

Exclusion of bonum fidei and its Proof. Doctrine and Jurisprudence

Montserrat GAS AIXENDRI

Facultad de Derecho Canónico
Pontificia Università della Santa Croce. Roma
mgas@pusc.it

Resumen: En los últimos años se ha verificado una evolución en la jurisprudencia de la Rota Romana sobre la exclusión de la fidelidad, debida en buena parte a una mejor comprensión de la naturaleza de la entrega conyugal. La doctrina y la jurisprudencia admiten hoy que la exclusión de la fidelidad es un supuesto de simulación parcial, considerando la fidelidad como parte integrante de la propiedad de la unidad, o como elemento esencial del matrimonio. Para aplicar correctamente este capítulo debe tenerse en cuenta que la simulación requiere un acto positivo de voluntad excluyente y que el objeto de exclusión es la fidelidad entendida como exclusividad en la entrega de la conyugalidad. Su prueba tiene como dificultad específica la necesidad de recurrir ampliamente a las presunciones, ya que no es infrecuente que el simulante no comparezca en el proceso. El enfoque del estudio es práctico, y se destaca la jurisprudencia sobre los distintos aspectos del tema abordado.

Palabras clave: Nulidad del matrimonio, Simulación, *bonum fidei*, Fidelidad.

Abstract: The jurisprudence of the Roman Rota on the exclusion of fidelity has evolved in recent times, a development which is largely due to a more refined understanding of the nature of conjugal self-giving. Both doctrine and jurisprudence now concede that the exclusion of fidelity may involve an assumption of partial simulation, whereby fidelity is seen as an integral part of the property of unity or as an essential element of marriage. In order to apply this ground of nullity correctly, that such simulation requires a positive act of the will to exclude and that the object of exclusion is fidelity understood as exclusivity in conjugal self-giving should be taken into consideration. Given the need to rely on assumptions in this regard, and the dissembling party's common failure to attend proceedings, proof in this regard may be difficult to come by. The focus of this study is practical, emphasizing the jurisprudence in relation to the issue.

Keywords: Marriage Nullity, Simulation, *bonum fidei*, Fidelity.

1. LA SIMULACIÓN DEL CONSENTIMIENTO

La figura canónica de la simulación o exclusión, tal como la entendemos en la actualidad, ha seguido un largo proceso evolutivo y no aparece delineada de manera clara hasta finales del s. XIX¹. La primera noción de simulación es la que se refiere a la exclusión del matrimonio mismo, posteriormente denominada *simulación total*, precisamente para diferenciarla de la *simulación parcial*, noción de maduración mucho más tardía. La *simulación parcial* es un concepto construido en el ámbito canónico a partir de la condición, concretamente de la llamada condición contra la sustancia del matrimonio (*conditio contra matrimonii substantiam*)².

La doctrina canónica consideró que se verificaba la *fictio seu simulatio* cuando «*contrahens externe quidem verba consensum exprimentia serio et rite profert, sed internum illum non habet*». Para la mayor parte de los autores, el consentimiento pleno consistía en la intención de contraer matrimonio (*intentio contrahendi*), de obligarse (*intentio sese obligandi*) y de cumplir (*intentio adimplendi*) las obligaciones del matrimonio³. El origen de esta distinción se atribuye a Santo Tomás de Aquino, quien al tratar sobre los bienes del matrimonio considera que la indisolubilidad forma en sí misma parte de la esencia del matrimonio, pero no los otros dos bienes, el *bonum fidei* y el *bonum prolis*, respecto de los cuales es preciso distinguir entre el derecho en sí mismo y su ejercicio, de modo que sólo el primero pertenece a la sustancia del matrimonio⁴. No fue él sin embargo quien aplicó la distinción al consentimiento matrimonial, sino la doctrina canónica posterior, que consideró en consecuencia que sólo la exclusión del derecho (y no de su ejercicio) afectaba a la validez del matrimonio⁵.

¹ La legislación canónica, a pesar de la tradición multiseccular del término simulación, ha optado por emplear el de «exclusión» por motivos de precisión, ya que puede haber múltiples maneras de simular, es decir de producir una discordancia entre el consentimiento interno y el externamente manifestado, pero sólo es causa de nulidad aquella que se verifica a través de un acto de exclusión, ya sea del matrimonio mismo, ya sea de un elemento o propiedad esencial. Cfr. P. J. VILADRICH, *El consentimiento matrimonial*, Pamplona 1998, pp. 217-220.

² Cfr. M. GAS AIXENDRI, «La formulación del concepto “acto positivo de voluntad” contrario al matrimonio hasta el CIC 1983», en J. KOWAL y J. LLOBELL (eds.), *Iustitia et iudicium. Studi di Diritto matrimoniale e processuale canonico in onore di A. Stankiewicz, Vol. II*, Città del Vaticano 2010, pp. 753-779.

³ Cfr. P. GASPARRI, *Tractatus canonico de matrimonio*, vol. VI, Romae 1932, nn. 794-804.

⁴ Cfr. TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae, Suppl.*, q. 49, a. 3 ad 2.

⁵ Cfr. T. SÁNCHEZ, *De sancto matrimonii sacramento*, Lib. V, disp. 9, n. 2. Más tarde surgió la problemática en torno a la distinción entre voluntad de no obligarse y voluntad de no cumplir. Cfr. A. STANKIEWICZ, «De iurisprudencia rotalis recentiore circa simulationem totalem et partialem (cc.

Según esta originaria formulación de la figura, el consentimiento simulado se puede manifestar de tres modos distintos: 1) no tener intención de contraer («*contrahens non habet intentionem contrahendi*»); 2) tener intención de contraer matrimonio pero no de obligarse («*contrahens habet intentionem contrahendi sed non sese obligandi*»); 3) tener intención de contraer y de obligarse, pero no de cumplir («*contrahens habet intentionem contrahendi et sese obligandi, sed non implendi*»). El primer caso constituye la *fictio* o simulación en sentido estricto, también llamada simulación total, que hace siempre nulo el matrimonio. Los otros dos supuestos constituirían simulación en «sentido menos propio» o parcial, en la que al menos uno de los contrayentes manifiesta la voluntad de contraer pero a la vez no quiere obligarse o bien no quiere cumplir alguno(s) de los deberes esenciales del matrimonio. La doctrina ha sido unánime por lo que se refiere a la validez del matrimonio en el último caso, no así cuando falta la intención de obligarse, a pesar de que no resulta fácil distinguir cuándo la voluntad es de no obligarse o de no cumplir⁶.

1.1. *El objeto excluido en la simulación parcial: el sentido de la distinción entre exclusión del derecho o de su ejercicio*

En la simulación parcial se considera si el objeto del consentimiento es o no suficiente para constituir válidamente el vínculo matrimonial. La postura tradicional sostiene en líneas generales que el consentimiento consiste en la entrega y aceptación de unos derechos y sus correlativas obligaciones y que la intención de *no usar* estos derechos o de *no cumplir* las obligaciones no implicaría la exclusión de los mismos y por tanto no invalidaría el matrimonio. Desde este punto de vista se ha considerado la coexistencia de dos voluntades simultáneas en el momento de prestar el consentimiento: la voluntad de obligarse por una parte, y la voluntad de no cumplir la obligación, ya que en el momento de contraer sólo cabe excluir o no (asumir o no) el derecho-deber⁷.

1101 § 2 CIC; 824 § 2 CCEO», en *Monitor Ecclesiasticus*, 122 (1997), pp. 479-480; M. WEGAN, «L'esclusione del *bonum fidei* nella più recente giurisprudenza della Rota Romana», en *Apollinaris*, 61 (1988), p. 95; T. P. DOYLE, «A New Look at the *Bonum Fidei*», en *Studia Canonica*, 12/1 (1978), p. 13. Sobre la cuestión, puede verse el amplio estudio de A. PAWLOWSKI, *Il «bonum fidei» nella tradizione canonica e la sua esclusione nella recente giurisprudenza rotale*, Roma 2002, pp. 157 y ss.

⁶ Cfr. P. GASPARRI, *Tractatus canonico de matrimonio*, cit., n. 794.

⁷ La jurisprudencia rotal y ciertos sectores doctrinales han partido de este esquema, no demasiado convincente, para explicar la relevancia de la exclusión de la fidelidad: cfr. sent. c. Sabbatani 13-11-1959, n. 3.

La distinción entre la exclusión del derecho o de su ejercicio obedece a una evidencia de la experiencia humana, visto que de hecho podemos incumplir en nuestra vida aquello a lo que nos hemos obligado. Siguiendo a Viladrich, la diferenciación tiene sentido en cuanto refleja la autonomía entre lo que se quiere en el momento de contraer (*in fieri*) y lo que ocurre de facto a lo largo de la convivencia matrimonial (*in facto esse*). Es importante notar que el derecho y su uso se sitúan en dos momentos temporales y en dos órdenes de la realidad diversos: la voluntad contraria al derecho-deber de la fidelidad tiene lugar sólo en el momento de contraer, es decir, en el momento fundante del matrimonio y por eso mismo lo invalida; en cambio, el uso de los derechos y deberes tiene lugar en el desarrollo de la vida matrimonial, una vez constituido el matrimonio, por eso no forma parte del consentimiento y no puede afectar a su validez⁸. Por eso cabe que alguien acepte teóricamente el hecho de que el matrimonio exige la fidelidad pero a la vez no esté dispuesto a aceptar dicha exigencia; y como el matrimonio no lo hacen las ideas sino la voluntad conyugal, se trataría de un planteamiento claramente excluyente que invalidaría el matrimonio⁹.

La hipotética consideración de estas dos voluntades simultáneas en el momento de contraer, no sólo es un error psicológico, sino que puede conducir a errores prácticos en la aplicación de este capítulo de nulidad, como interpretar que el incumplimiento del deber a lo largo de la vida matrimonial es señal inequívoca de la exclusión del derecho-deber en el momento de contraer o, en sentido contrario, aceptar que en el momento del consentimiento el contraente puede asumir el derecho-deber y al mismo tiempo tener la intención de incumplirlo, que por ser una reserva de ejercicio del derecho, no afectaría a la validez¹⁰. Esta aplicación de la distinción entre derecho y uso del mismo al mo-

⁸ Cfr. P. J. VILADRICH, *El consentimiento matrimonial*, cit., 252. En este sentido, cfr. sent. c. Alwan 20-4-1999, n. 12; c. Turnaturi 20-1-2000, n. 6.

⁹ Cfr. H. FRANCESCHI, «L'esclusione del *bonum fidei* nella giurisprudenza rotale recente», texto de la intervención en el *IV Corso di aggiornamento in diritto matrimoniale e processuale canonico* (Pontificia Università della Santa Croce, 20-24 de septiembre de 2010), pro manuscrito, 5. El autor nos ha cedido amablemente el texto, todavía no publicado.

¹⁰ No pocas sentencias rotales acogen esta visión, según la cual la voluntad de cometer adulterio en el momento de contraer sería compatible con una voluntad de asumir la obligación de la fidelidad, basándose en un texto de Tomás Sánchez: que afirma: «*stare potest matrimonium validum contrahere cum intentione non servandi fidem*» (*Disputationum de sancto matrimonii sacramento*, lib. II, disp. XXXIX, n. 11). Así, puede leerse: «*aliquis potest abs dubio assumere veram personalem obligationem, quam frangere intendit*» (sent. c. Parillo 3-8-1933, n. 2); «*generali intentione contrahendi verum matrimonium componi potest intentio illud foedandi, seu laedendi fidelitatem coniugalem*» (c. Pinna 29-10-1960, n. 4).

mento de la manifestación del consentimiento es contradictorio, porque reservarse el abuso del derecho en el momento de contraer es siempre reserva del derecho y no meramente de su uso, de modo que la intención positiva de incumplir el uso de un derecho, al ser una pretensión incompatible con la instauración del derecho-deber, necesariamente invalidaría el matrimonio¹¹. Con todo, a la hora de calificar jurídicamente los supuestos en los que se ha dado una voluntad contraria a la unidad, a la exclusividad, a la fidelidad o a la prole, la distinción entre el derecho y su ejercicio continúa siendo un recurso útil; de hecho la jurisprudencia lo sigue utilizando, aunque cada vez menos¹².

A la vez, conviene no simplificar excesivamente los esquemas, puesto que hay que reconocer la dificultad objetiva que entraña en la realidad distinguir entre una verdadera exclusión de la fidelidad de lo que son desórdenes morales que, a pesar de ser contrarios a las exigencias del matrimonio, no alcanzan el grado de exclusión de la auténtica entrega de la conyugalidad. No podemos olvidar que el consentimiento válido no es el consentimiento perfecto, sino el que resulta suficiente para fundar el vínculo conyugal¹³. Por ser habitualmente el contrayente ajeno a estas distinciones técnicas entre exclusión del derecho y de su ejercicio, compete al jurista interpretar el alcance del acto concreto de exclusión¹⁴.

1.2. *La estructura del consentimiento simulado: el significado del «acto positivo de voluntad»*

En cuanto a la estructura del consentimiento simulado, el Legislador ha exigido que éste se verifique a través de un «acto positivo de voluntad» (c. 1101 § 2 CIC). La doctrina clásica consideraba que en la simulación se verificaban dos actos de voluntad contrapuestos, uno dirigido a contraer matri-

¹¹ Podríamos preguntarnos, como hace una parte de la doctrina y de la jurisprudencia más reciente, ¿qué deber asume quien desde el momento de contraer no está dispuesto a observarlo? Cfr. P. J. VILADRICH, *El consentimiento matrimonial*, cit., pp. 253-255; H. FRANCESCHI, «L'oggetto dell'esclusione del *bonum fidei* nella giurisprudenza della Rota Romana», en *Ius Ecclesiae*, 12 (2000), p. 764. Cfr. sent. c. Civili 20-11-1996, n. 14 y c. Defilippi 13-2-1998, n. 18; c. Caberletti 22-6-2006, n. 5.

¹² Cfr. sent. c. Funghini 23-10-1991, n. 8; c. Giannecchini 28-3-1995, n. 3.

¹³ Cfr. H. FRANCESCHI, *L'oggetto dell'esclusione del «bonum fidei» nella giurisprudenza della Rota Romana*, cit., p. 765.

¹⁴ Para ayudar a esta función se han construido algunas presunciones jurisprudenciales. Volveremos sobre este punto más adelante.

monio y otro por el que se excluía el matrimonio o alguna de sus propiedades o elementos esenciales¹⁵. Este modo de explicar el fenómeno simulatorio está siendo abandonado por la doctrina, que en algunos casos lo ha llegado a calificar como psicológicamente absurdo, ya que en una persona sana no pueden darse simultáneamente dos actos de voluntad contradictorios¹⁶. A partir de este esquema la doctrina interpretaba el «acto positivo de voluntad» como un acto explícito, ya que debía superar la fuerza de la *voluntas contrabendi*, la cual se presumía en virtud de las palabras expresadas externamente por los contrayentes. En muchos casos, sin embargo, no era posible encontrar una voluntad explícita contraria al matrimonio o a sus propiedades. La doctrina empezó entonces a hablar en algunos casos de una *exclusión implícita* o también de la no-inclusión en el consentimiento de una de las propiedades del matrimonio¹⁷.

El *acto positivo* es un *acto ilícito*, que no debe confundirse con las simples ideas que no se hayan aplicado al propio matrimonio, con los meros deseos, las inclinaciones, o con la voluntad genérica o interpretativa¹⁸. Tiene que ser un acto que proceda de la voluntad y que haya sido realmente expresado¹⁹. Por otra parte, debe ser un *acto excluyente*, es decir, un acto de *selección* o de *elección*, por el que el contrayente pone un elemento incompatible con las propiedades

¹⁵ Cfr. P. GASPARRI, *Tractatus canonico de matrimonio*, cit., n. 919. La jurisprudencia rotal tradicional insistía sobre todo en la voluntad prevalente del sujeto, de modo que sólo estuviera dispuesto a contraer matrimonio sin la prole o la fidelidad (cfr. sent. c. Sabbatani 13-11-1959; c. Bejan 10-5-1967; c. Pinto 22-1-1973).

¹⁶ Cfr. Z. GROCHOLEWSKI, *De exclusione indissolubilitatis ex consensu matrimoniali eiusque probatione Considerationes super recentiores sententias rotales*, Neapoli 1973, pp. 94-95. La verificación de estas «voluntades contrapuestas» (*voluntas contrabendi* y *voluntas simulandi*) se sigue utilizando instrumentalmente en la estructura de la prueba, a través de la *causa contrabendi* y la *causa simulandi*.

¹⁷ Esta línea se basaba en algunas decisiones rotales (por ejemplo, sent. c. Felici 13-7-1954, nn. 4 y 6; c. Palazzini 12-3-1969, nn. 3-4) y fue promovida por un sector doctrinal, sobre todo en ámbito anglosajón: cfr. R. BROWN, «Non-inclusion: a form of simulation?», en AA.VV., *Proceedings of The Forty-first Annual Convention, Albuquerque, New Mexico, Toledo-Ohio 1979*, pp. 1-11; R. J. SANSON, «Implied simulation: grounds for annulment?», en *The Jurist*, 48 (1988), pp. 747-770.

¹⁸ Cfr. A. STANKIEWICZ, «Concretizzazione del fatto simulatorio nel *positivus voluntatis actus*», en *Periodica*, 87 (1998), pp. 260-261. En ámbito jurisprudencial cfr. sent. c. Bruno 22-6-1984, n. 3; c. Masala 26-5-1987, n. 4; c. Palestro 16-7-1987, n. 7; c. Giannecchini 10-4-1992, n. 2; c. Davino 26-11-1992, n. 2; c. Pompedda 13-3-1995, n. 5. En las sent. c. Defilippi 13-2-1998, n. 15 y c. Defilippi 22-7-1999, n. 4, posteriormente citadas en otras sentencias rotales, se afirma que el acto positivo debe ser humano, positivo y firme.

¹⁹ Cfr. Z. GROCHOLEWSKI, «Positivo l'atto di volontà come causa di nullità del matrimonio secondo il can. 1101 § 2 del nuovo Codice», en AA.VV., *Questioni canoniche. Miscellanea in onore del Professore P. Esteban Gómez*, O. P., Milano 1984, pp. 252.

o elementos esenciales del matrimonio como objeto de la propia voluntad. La jurisprudencia más reciente reconoce que el acto positivo de voluntad puede ser explícito o implícito, debiéndose distinguir este último de la voluntad presunta. El acto positivo es implícito cuando su objeto es algo en lo que se contiene la exclusión de la propiedad o elemento esencial del matrimonio²⁰.

El consentimiento matrimonial no es un acto complejo que consiste en querer diversos elementos con una voluntad positiva (el matrimonio, sus elementos esenciales, propiedades y bienes), sino una «voluntad unitaria»; quien se casa quiere simplemente casarse, es decir, donarse en su dimensión conyugal para constituir el matrimonio, y esta voluntad incluye todos sus elementos esenciales²¹. Desde esta perspectiva realista, que parte de la consideración de la unicidad del acto de voluntad consensual y de la efectividad de la exclusión, el acto positivo de voluntad excluyente se entiende como una voluntad real y efectiva –ya sea actual o virtual, es decir, formulada en un momento anterior y no revocada– que se dirige hacia un objeto que no es el matrimonio (ya sea porque lo excluya en su totalidad, ya sea porque lo quiera desprovisto de alguna de sus propiedades o elementos esenciales). El sujeto opera de este modo una sustitución del matrimonio por un objeto distinto, no matrimonial²². Sólo en este sentido cabría hablar de voluntad implícita. En la simulación se verifica un falseamiento voluntario y objetivo del verdadero contenido conyugal. Quien simula «conoce el matrimonio que el ordenamiento jurídico le presenta y quiere el “no querer” ese matrimonio»²³. Lo determinante para que haya simulación no es tanto que haya dos voluntades, sino la discordancia objetiva entre la voluntad interna y su manifestación externa, con la consecuen- te *sustitución* del matrimonio o de sus elementos esenciales por otra estructura diversa, *pseudomatrimonial*²⁴. La expresión «acto positivo de voluntad» significa por tanto que la *exclusio* procede directamente de la facultad volitiva huma-

²⁰ Cfr. sent. c. Caberletti 22-6-2006, n. 4.

²¹ Cfr. H. FRANCESCHI, *L'esclusione del «bonum fidei» nella giurisprudenza rotale recente*, cit., 4. La jurisprudencia va reflejando también esta comprensión del consentimiento: cfr. sent. c. Stankiewicz 23-10-1997, nn. 4-7.

²² Cfr. J. HERVADA, *La simulación total (comentario a la sentencia de la S.R.R. de 22-II-1961 c. Canals)*; J. HERVADA, *Vetera et Nova. Cuestiones de Derecho Canónico y afines (1958-1991)*, vol. I, p. 266.

²³ J. I. BAÑARES, «La relación intelecto-voluntad en el consentimiento matrimonial», en *Ius Canonicum*, XXXIII (1993), p. 572.

²⁴ Cfr. J. HERVADA, «Esencia del matrimonio y consentimiento matrimonial», en *Persona y Derecho*, 9 (1982), pp. 165-166. El fenómeno aparece sintéticamente descrito en la sentencia c. Stankiewicz 26-6-1980, n. 5.

na y consiste en la decisión de querer el objeto apetecido, en nuestro caso el matrimonio desprovisto de uno de sus elementos o propiedades esenciales²⁵.

En definitiva, el acto de exclusión implicaría: a) divergencia entre lo manifestado externamente y lo querido internamente; b) *un acto positivo de voluntad*, es decir, una intervención positiva *selectiva* por parte del sujeto, un acto de *autodeterminación*, a través del cual se elige un objeto matrimonial falso.

2. EL OBJETO DE LA EXCLUSIÓN EN EL CASO DEL *BONUM FIDEI*

2.1. *Planteamiento tradicional*

La doctrina y jurisprudencia tradicionales han identificado el *bonum fidei*²⁶ con la propiedad esencial de la unidad, la cual implica que el vínculo matrimonial no puede compartirse con diversas personas simultáneamente²⁷. La unidad contiene también la exclusividad de los derechos y deberes entre los cónyuges, concretamente el deber de la fidelidad al consorte, ya que el matrimonio otorga un derecho perpetuo y exclusivo en orden a los actos de suyo aptos para engendrar la prole²⁸. Esta doctrina, que tiene su origen en Gasparri²⁹, considera que la exclusión del *bonum fidei* podía presentarse bajo dos supuestos, el de exclusión de la *unitas vinculi* y el de exclusión de la *unitas copulae*.

²⁵ Muy cercana a la figura de la simulación está la del error determinante de la voluntad (c. 1099 CIC). En este último caso existe también una voluntad positiva contraria al matrimonio o a sus elementos esenciales, pero la vía por la que se llega a este resultado no es la exclusión, sino un error arraigado que actúa limitando la voluntad del sujeto, que necesariamente elige un objeto no matrimonial. Sobre este tema, cfr. P. MAJER, *El error determinante de la voluntad*, Pamplona 1997, pp. 151-215; M. GAS AIXENDRI, «Error determinante de la voluntad (c. 1099 CIC) y simulación (c. 1101 § 2 CIC)», en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 18, octubre 2008, pp. 5-8.

²⁶ San Agustín incluye la *unitas* tanto en el *bonum sacramenti* como en el *bonum fidei*, «*quod complectitur ius ad debitum coniugale petendum ac obligationem reciprocam illud praestandi, modo exclusivo seu in fide castitatis*» (*De bono coniugii*, c. 24).

²⁷ Para Wegan esta equiparación no constituye una confusión conceptual, sino una figura instrumental a efectos de facilitar la prueba. Cfr. M. WEGAN, *L'esclusione del «bonum fidei»*, cit., pp. 98-99.

²⁸ Cfr. sent. c. Lefebvre 26-4-1958, n. 3; c. Ewers 11-10-1969, n. 4; c. Lefebvre 25-1-1975, n. 2; c. Pinto 11-10-1976, n. 2; c. Pompedda 7-4-1981, n. 2; c. Davino 19-1-1984, n. 2. Se admite que haya habido exclusión del derecho a la fidelidad cuando la voluntad excluyente alcanza la intensidad de la exclusión de la unidad del matrimonio, es decir, cuando la persona se ha reservado el derecho a compartir con tercera persona los actos ordenados a la procreación. Cfr. sent. c. Felici 24-1-1951, n. 3.

²⁹ Cfr. P. GASPARRI, *Tractatus canonico de matrimonio*, cit., n. 10.

a) Habría exclusión de este bien si al menos uno de los contrayentes se reserva el derecho a celebrar otra unión matrimonial subsistiendo la primera (exclusión de la *unitas vinculi*)³⁰. Es un supuesto de difícil verificación en la actualidad, dado el carácter casi universalmente monógamo de la institución matrimonial, pero no imposible³¹.

b) También se consideraba exclusión de este bien el rechazo positivo de la exclusividad del *ius in corpus* o la obligación de la fidelidad (llamada exclusión de la *unitas copulae*)³². Esto ocurriría cuando uno de los contrayentes se reservase el derecho a mantener relaciones carnales con otra u otras personas, o bien aceptase en su consorte el derecho a unirse con otra persona bajo ese mismo aspecto³³. Este supuesto ha sido sintéticamente reconducido a la reserva por parte de uno de los cónyuges de un pretendido *ius adulterandi*, que debe distinguirse del mero *propositum adulterandi*³⁴, el cual afectaría sólo al uso del derecho, por lo que el matrimonio sería válido. Para ello, la jurisprudencia exigía en estos casos la voluntad de entregar al amante un «derecho sobre el cuerpo» (*ius in corpus*) semejante o paritario al que se debe entregar al propio consorte³⁵.

A la vez, la noción y contenido de la fidelidad se interpretaba en relación a los actos conyugales, por ser paradigmáticos de la unión matrimonial, y sobre todo por la reducción de la esencia del matrimonio al «*ius in corpus*». Como consecuencia, cuando la reserva contraria a la exclusividad no tenía por objeto la realización de los actos ordenados de por sí a la generación de la prole, sino la práctica de actos *contra natura*, la jurisprudencia no los consideraba contrarios al deber de la fidelidad. Tales actos, considerados gravemente inmorales,

³⁰ Se trataría de una voluntad polígama en sentido estricto, que es la forma histórica más antigua de excluir la unidad.

³¹ Conviene distinguir este supuesto de la exclusión de la indisolubilidad, ya que la intención no es cancelar o disolver la primera unión, sino hacerla simultáneamente compatible con otra u otras uniones de índole pseudoconyugal.

³² Cfr. sent. c. Stankiewicz 17-12-1981, n. 7.

³³ Cfr. c. Canestri 15-7-1941, n. 5; c. Wynen 20-7-1943, n. 4; c. Pinna 14-4-1962, n. 2; c. Anné 9-12-1964, n. 2; c. Rogers 20-12-1965, n. 4; c. Palazzini 9-12-1975, n. 2; c. Ewers 19-5-1979, n. 3; c. Ragni 9-12-1982, n. 4; c. Davino 21-6-1984, n. 3; c. Masala 15-1-1985, n. 5; c. Huot 26-3-1987, n. 8.

³⁴ Cfr. sent. c. Quattrocolo 20-5-1930, n. 6; c. Wynen 29-4-1939, n. 4; c. Mattioli 30-10-1953, n. 2; c. Brennan 8-1-1959, n. 2; c. Ewers 11-10-1969, n. 9.

³⁵ La intención del simulante en este caso es asumir una especie de conyugalidad vinculante que desea extender a otras personas. Cfr. C. BURKE, «Il contenuto del bonum fidei», en *Apollinaris*, 64 (1991), pp. 649-666.

podían ser jurídicamente relevantes bajo otros aspectos (como por ejemplo, la inconsumación, impotencia, amencia o *insania circa rem uxoriam*), pero no se tenían en cuenta en la valoración de una posible exclusión de la fidelidad³⁶.

2.2. Posteriores desarrollos doctrinales y jurisprudenciales

En contraste con esta visión, para la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia recientes³⁷, la fidelidad constituye un elemento esencial del matrimonio, que no debe confundirse con la propiedad esencial de la unidad³⁸. Ésta quedaría protegida por el impedimento de vínculo y su exclusión supondría el rechazo de una propiedad esencial del matrimonio, mientras la exclusión del *bonum fidei* se considera constitutivo de un capítulo autónomo de simulación parcial, lo que permitiría flexibilizar la aplicación del capítulo en sede jurisprudencial, ya que con anterioridad se admitía la exclusión de la fidelidad sólo cuando se excluía la unidad del matrimonio en el sentido explicado anteriormente³⁹. El punto de inflexión de este cambio de línea jurisprudencial suele situarse en la doctrina del canonista y juez rotal Arturo De Jorio, a partir de los años sesenta⁴⁰.

³⁶ Cfr. sent. c. Parillo 12-8-1929, n. 3; c. Doheny 14-12-1053, n. 2; c. Lamas 15-3-1956, n. 3; c. Mattioli 11-12-1958, n. 2. La sentencia c. Sabbatani 20-12-1963, n. 4 sostenía que quien otorga el derecho a los actos sexuales a una persona del mismo sexo no excluye el *bonum fidei* en cuanto ese tipo de relación «*vagat extra causam negotii matrimonialis*» («SRRDec.» Vol. LV, pp. 961-962). Cfr. A. STANKIEWICZ, *De iurisprudencia rotalis recentiore circa simulationem totalem et partialem*, cit., p. 473.

³⁷ Aun así no faltan sentencias que siguen manteniendo la postura tradicional: cfr. sen. C. Gianecchini 28-3-1995, n. 3.

³⁸ Cfr. sent. c. Funghini 23-10-1991, n. 2; c. Pompedda, 15-11-1996, n. 9.

³⁹ Cfr. sent. c. Ewers 10-2-1973, n. 4; c. Civili 20-11-1996, nn. 6-8; c. Pompedda 16-1-1995, n. 8; c. Faltin 23-7-1997, n. 4. Cfr. U. NAVARRETE, «I beni del matrimonio. Elementi e proprietà essenziali», en AA.VV., *La nuova legislazione matrimoniale canonica*, Città del Vaticano 1986, p. 94; A. ABATE, *Il matrimonio nella nuova legislazione canonica*, Roma-Brescia 1986, p. 94; P. MONETA, *Il matrimonio nel nuovo diritto canonico*, Genova 1991, pp. 124-125; M. LÓPEZ-ALARCÓN y R. NAVARRO-VALLS, *Curso de Derecho matrimonial canónico y concordado*, Madrid 2010, p. 249.

⁴⁰ Concretamente a partir del año 1963 (la primera sentencia es la de 30-10-1963, «SRRDec.» vol. LV, pp. 717 y ss. Cfr. también, ante el mismo Ponente, sent. 17-6-1964; sent. 26-2-1969; sent. 13-7-1968; sent. 27-10-1971; sent. 10-1-1973; sent. 13-6-1973). Sobre las limitaciones de la postura de De Jorio, cfr. C. BURKE, *Il contenuto del bonum fidei*, cit., pp. 649-666, donde el autor ve como principal problema de este planteamiento su interpretación de la exclusión de la fidelidad como intención de compartir con otras personas la cópula y no el vínculo conyugal, poniendo la esencia del *bonum fidei* en la exclusividad de la cópula y no de la conyugalidad, lo cual implica reducir esta última al *ius in corpus*, en neto contraste con el planteamiento de la estructura jurídica del matrimonio en el CIC 83. En sentido parecido se expresa T. P. DOYLE, *A New Look at the Bonum Fidei*, cit., pp. 35-39.

Algunos autores sostienen que la fidelidad, aun distinguiéndose conceptualmente de la unidad, deriva de ella, siendo como dos caras de la misma moneda o dos puntos de vista complementarios para la comprensión de una misma realidad⁴¹. Esta postura parte de la consideración del consentimiento como entrega de las personas en su dimensión conyugal, entrega que es indivisible, como lo es la propia condición personal. La autenticidad de la donación exige así su exclusividad, la cual incluye necesariamente la fidelidad, puesto que ésta es expresión en términos de derecho-deber de la plena pertenencia conyugal común entre los esposos. La fidelidad «es la expresión, en términos de derecho y deber conyugal, de la plena copertenencia en exclusiva entre los esposos, en cuya virtud éstos *se defraudarían en lo suyo* si dan a participar a un tercero de la masculinidad personal o de la feminidad personal que se donaron y aceptaron por entero entre sí a título de justicia»⁴². La exclusión de la unidad tendría así diversas manifestaciones: la voluntad polígama o concubinaria, por una parte y también la exclusión del derecho-deber de la fidelidad⁴³. Esta postura parece más coherente con la antropología que subyace en la concepción canónica del matrimonio y con la construcción de la estructura del consentimiento matrimonial y de su objeto plasmada en el CIC de 1983⁴⁴.

Siguiendo a Viladrich, la exclusión de la unidad no se limitaría a la exclusión de la exclusividad del vínculo, sino que debería abarcar también la exclusividad de los derechos y deberes esenciales del matrimonio, siendo éste el sentido más profundo de la fidelidad conyugal, ya que el vínculo matrimonial incluye todos aquellos aspectos de la inclinación y de la complementariedad sexual entre un varón y una mujer que se orientan a compartir, desarrollar y conservar el bien conyugal recíproco y la procreación y educación de los hijos. En un sentido amplio (a nuestro juicio quizá excesivamente indeterminado), la exclusión de la fidelidad podría venir por causa del rechazo voluntario de la exclusividad de algún derecho-deber esencial del matrimonio o del rechazo a instaurarlo como derecho-deber⁴⁵.

⁴¹ Cfr. P. J. VILADRICH, P. A. BONNET, R. FUNGHINI, J. M. SERRANO, M. F. POMPEDDA y H. FRANCESCHI, entre otros. Cfr. sent. c. Pompedda 26-11-1993, n. 3; c. Funghini 24-5-1995, n. 6; c. Serrano 22-3-1996, n. 3; c. Turnaturi 18-4-1996, nn. 11-13; c. Monnier 27-6-1997, n. 4; c. Defilippi 22-7-1999, n. 6; c. Turnaturi 20-1-2000, n. 6.

⁴² P. J. VILADRICH, *El consentimiento matrimonial*, cit., p. 248.

⁴³ Cfr. H. FRANCESCHI, *L'oggetto dell'esclusione del «bonum fidei» nella giurisprudenza della Rota Romana*, cit., p. 758.

⁴⁴ Se evita así caer en algunos equívocos o interpretaciones inadecuadas de este *caput nullitatis* a las que se refiere C. BURKE, *Il contenuto del bonum fidei*, cit.

⁴⁵ Cfr. P. J. VILADRICH, *El consentimiento matrimonial*, cit., pp. 249-250.

En sentido estricto, la obligación de la fidelidad se refiere no sólo al derecho-deber al acto conyugal, sino a la exclusividad del trato sexual íntimo como parte integrante de la conyugalidad. Cabría considerar como exclusión de la fidelidad la reserva de un derecho a mantener con personas diversas del propio cónyuge aquel tipo de relaciones de intimidad sentimental, afectiva y amorosa específicas de la inclinación sexual, distintas de la cópula carnal perfecta en sentido formal (aspecto al que tradicionalmente se reducía la exclusión de la fidelidad). Por tanto, la intención de reservarse el derecho de mantener cualquier tipo de relaciones amorosas íntimas con terceras personas, serían contrarias al deber de la fidelidad. En contraste con la postura tradicional, la doctrina y la jurisprudencia actuales, consideran que la reserva del derecho a la práctica de actos sexuales *contra natura* constituye un supuesto de exclusión de la fidelidad porque también falsifica la donación conyugal⁴⁶.

A pesar de la diversidad de posturas en cuanto a la colocación sistemática de la exclusión de la fidelidad, es prácticamente unánime la consideración de su relevancia jurídica⁴⁷. De acuerdo a estos desarrollos doctrinales y jurisprudenciales, sería nulo el matrimonio por exclusión del *bonum fidei* cuando el contrayente tuviera la intención de no entregar o aceptar el derecho exclusivo a los actos conyugales, de negar la obligación de conservar la fidelidad matrimonial⁴⁸ o bien cuando el acto del consentimiento quedara limitado por un propósito contrario a la obligación de la fidelidad matrimonial⁴⁹. En este sentido, habría que entender que también excluye la fidelidad quien no tiene in-

⁴⁶ Cfr. T. P. DOYLE, *A New Look at the Bonum Fidei*, cit., p. 38; P. J. VILADRICH, *El consentimiento matrimonial*, cit., p. 250; A. STANKIEWICZ, *De iurisprudencia rotalis recentiore circa simulationem totalem et partialem*, cit., p. 478. Cfr. sent. c. Turnaturi 18-4-1996, n. 19.

⁴⁷ Las divergencias están en la razón por la que es jurídicamente relevante esta exclusión: cfr. H. FRANCESCHI, *L'esclusione del «bonum fidei» nella giurisprudenza rotale recente*, cit., p. 4.

⁴⁸ Cfr. sent. c. Funghini 23-10-1991, n. 8 y c. Funghini 24-5-1995, n. 6.

⁴⁹ Cfr. A. STANKIEWICZ, *De iurisprudencia rotalis recentiore circa simulationem totalem et partialem*, cit., pp. 473-475. Cfr. sent. c. Stankiewicz 21-4-1983, n. 3; c. Stankiewicz 26-3-1987, n. 5; c. Stankiewicz 26-3-1990, nn. 7-9; c. Pompedda 26-11-1993, n. 4; c. Stankiewicz 21-3-1997, n. 14. En una c. Bruno 15-6-1990, n. 7, «RRDec.» vol. LXXXII (1990), pp. 515-516), encontramos una síntesis de la posición de la corriente jurisprudencial mayoritaria respecto a la exclusión del *bonum fidei*: «*multi sunt modis quibus ius fidelitatis detrectatur: a) per directam ipsius iuris exclusionem; b) per consensui appositionem conditionis debito fidelitatis contrariae; c) per concessionem tertiae personae iuris ad actos coniugales; d) per intentionem, etiam implicitam, excludendi obligationem, firmum manifestandum propositum cum aliis, etsi de personi proprii sexu agatur, commiscendi; e) ob raticatam persuasionem impossibilitatis pro debili natura humana bonum fidei servandi; f) per coarctationem iuris vel obligationis ad tempus determinatum vel indeterminatum; g) per praevalentem intentionem adulterandi super intentione tradendi et acceptandi obligationem fidelitatis*».

tención de ser fiel a nadie, de modo que ni entrega el derecho a su cónyuge, ni asume el deber, puesto que la exclusión se realiza con el fin de eludir obligaciones, no para aumentarlas⁵⁰.

3. LA PRUEBA DE LA EXCLUSIÓN DE LA FIDELIDAD

La prueba de la simulación ha tenido tradicionalmente un punto de dificultad específico, que radica precisamente en que se trata de valorar la real existencia de un acto que por su naturaleza es una voluntad interna, conocida directamente sólo por el simulante y de la que se tiene sólo noticia indirecta⁵¹. Cuando lo que se excluye es la fidelidad surgen dificultades añadidas⁵²: por una parte, la necesidad de recurrir ampliamente a la prueba presuntiva, ya que no es infrecuente que el simulante no comparezca en el proceso, probablemente por una falsa percepción de lo que realmente se enjuicia, que no es la moralidad de su conducta, ni su grado de culpabilidad en el fracaso matrimonial, sino la validez del vínculo matrimonial. Otra dificultad que habrá que tener en cuenta es la posibilidad de caer en juicios subjetivos y la necesidad de una particular objetividad en el juez a la hora de valorar las pruebas. Hay que considerar que en muchas ocasiones las circunstancias y conductas manifiestamente contrarias a la moral cristiana por parte del simulante podrían inducir a prejuicios desfavorables hacia su persona, provocando indirectamente una tendencia a querer «resarcir» a la parte ofendida e injustamente dañada por tales hechos⁵³.

3.1. *Objeto de la prueba en los supuestos de exclusión de la fidelidad*

La naturaleza del capítulo de nulidad por simulación exige, a lo largo de la fase instructora, la prueba de los siguientes elementos:

⁵⁰ Sent. c. De Jorio 27-10-1971, n. 6: «*excludentes bonum fidei non intendunt vincula duplicare seu multiplicari, verum ab eisdem sese liberari*». Cfr. sent. c. Stankiewicz 25-11-1982, n. 5; c. De Lanversin 17-3-1982, n. 2; sent. c. Colagiovanni 18-3-1983, n. 5; c. Turnaturi 18-4-1996, n. 18.

⁵¹ Cfr. sent. c. Parisella 16-6-1983, n. 9; c. Giannecchini 28-5-1985, n. 3; c. De Lanversin 21-2-1990, n. 9; c. Faltin 21-7-1993, n. 10; c. Funghini 24-5-1995, n. 7; c. Turnaturi 1-3-1996, n. 13.

⁵² Así se expresa en Ponente en la sent. c. Giannecchini 28-5-1985, n. 3. En el mismo sentido, sent. c. Parisella 16-6-1983, n. 9; c. de Lanversin 21-2-1990, n. 9; c. Faltin 21-7-1993, n. 10; c. Funghini 24-5-1995, n. 7; c. Turnaturi 1-3-1996, n. 13.

⁵³ Cfr. A. PAWLOWSKI, *Il «bonum fidei» nella tradizione canonica*, cit., pp. 313-314.

3.1.1. *Acto positivo de voluntad excluyente*

En el momento de la celebración del matrimonio debe verificarse una voluntad positivamente contraria al bien de la fidelidad. Como ha señalado repetidamente la jurisprudencia, no son «acto positivo de voluntad» los simples deseos o inclinaciones⁵⁴, sino que debe haber una intención actual o al menos virtual (aquella puesta con anterioridad y no revocada) contraria al derecho-deber de la fidelidad⁵⁵. En cuanto al modo de verificarse la «exclusio», la jurisprudencia en algunos casos sigue hablando de la existencia de dos voluntades contradictorias que se destruirían entre sí, o en las que una debería prevalecer sobre la otra⁵⁶. Como se ha dicho, desde un punto de vista psicológico es un planteamiento poco real, ya que quien excluye un elemento esencial del matrimonio realiza un único acto de voluntad, queriendo un matrimonio desprovisto de la fidelidad. No es necesario querer el matrimonio y en un segundo acto no quererlo fiel. Lo que suele suceder cuando se excluye la fidelidad es que se quiere con voluntad positiva un «matrimonio» cerrado al bien de la fidelidad, a pesar de lo que se expresa externamente en el signo nupcial⁵⁷. El objeto de la prueba no será buscar dos voluntades contradictorias, sino probar que la voluntad real de contrayente fue positivamente no matrimonial.

El *bonum fidei* no sólo se excluye cuando explícitamente no se asume el deber de la fidelidad, sino también cuando el contrayente quiere como objeto de su voluntad algo que objetivamente la excluye o es incompatible con la fidelidad conyugal⁵⁸. En consecuencia, el acto positivo de voluntad excluyente no consistiría tanto en un rechazo directo de la obligación de la fidelidad, sino en la intención positiva, actual o virtual, de mantener relaciones pseudoconyugales de índole sexual con personas distintas del propio consorte, o de consentir que el cónyuge se reserve el derecho a tenerlas. Es decir, la exclu-

⁵⁴ En este contexto, en la sent. c. Pompedda 16-1-1995 n. 5, el Ponente distingue claramente entre voluntad positiva de excluir la obligación de la fidelidad de la simple veleidad o de la previsión de que en un futuro podrían darse violaciones de este derecho.

⁵⁵ Cfr. sent. c. Faltin 21-7-1993, n. 7.

⁵⁶ Por ejemplo, la c. Bruno 15-6-1990, n. 7 habla de «*praevalentem intentionem adulterandi super intentione tradendi et acceptandi obligationem fidelitatis*». También en este sentido la sent. c. Ragni 4-7-1995, n. 10.

⁵⁷ Cfr. H. FRANCESCHI, *L'oggetto dell'esclusione del «bonum fidei» nella giurisprudenza della Rota Romana*, cit., p. 783.

⁵⁸ Cfr. sent. c. Caberletti 22-6-2006, n. 4.

sión se produce por suplantación de la verdadera voluntad matrimonial por una voluntad no matrimonial⁵⁹.

Cabría también plantear la posibilidad de una voluntad viciada contraria a la fidelidad, pero causada por un error determinante de la voluntad (c. 1099 CIC): esta hipótesis podría verificarse cuando la actitud adulterina sea el fruto de la convicción de que el matrimonio no comporta una absoluta exclusividad en la entrega al otro cónyuge, dada la debilidad de la naturaleza humana⁶⁰; o bien por entender el matrimonio como una relación abierta y no exclusiva⁶¹. Lo mismo cabría afirmar, en determinadas regiones en las que la poligamia es práctica corriente, de quien contrae matrimonio convencido de poder establecer otras relaciones «matrimoniales» en el futuro⁶². Estas convicciones no serían ya un mero *error simplex*, sino que corromperían radicalmente la recta intención matrimonial, dando lugar a una voluntad viciada, en la que no está presente el *bonum fidei in suis principiis*⁶³.

3.1.2. *Exclusión del derecho-deber de la fidelidad*

La voluntad simulatoria produce un falseamiento voluntario de la verdad nupcial. Aquí radica el sentido profundo de la distinción entre exclusión del derecho y exclusión de su ejercicio. No ha de olvidarse que esa distinción tiene como finalidad discernir una intención verdaderamente suplantadora de la verdad conyugal de la que no afecta a esa verdad, quizá el punto de mayor dificultad a la hora de enjuiciar este tipo de causas, como reconocen numerosas sentencias rotales⁶⁴. No sería suficiente la previsión de futuras contravenciones a la

⁵⁹ En este sentido la sent. c. Pompedda 16-1-1995, n. 5.

⁶⁰ Cfr. R. FUNGHINI, «L'esclusione del bonum fidei», en P. A. BONNET y C. GULLO (a cura di), *Diritto matrimoniale canonico*, vol. II, Città del Vaticano 2003, p. 285. Cfr. sent. c. Palazzini, 6-10-1975, n. 11; c. Ragni 9-12-1982, n. 6; c. Pompedda 1-3-1985, n. 3. En la valoración de este supuesto pueden tener un papel importante las costumbres licenciosas del sujeto si éste, al contraer matrimonio, no se plantea en absoluto renunciar a las mismas.

⁶¹ Cfr. A. STANKIEWICZ, *De iurisprudencia rotalis recentiore circa simulationem totalem et partialem*, cit., p. 482. Cfr. sent. c. Stankiewicz 25-11-1982, n. 4.

⁶² Cfr. sent. c. Wynen 25-11-1948, n. 9. Cfr. A. STANKIEWICZ, *De iurisprudencia rotalis recentiore circa simulationem totalem et partialem*, cit., p. 482.

⁶³ Cfr. sent. c. Stankiewicz 21-4-1983, n. 3; c. Stankiewicz 14-11-1985, n. 5; c. Pompedda 26-11-1993, n. 3. Sobre la distinción entre simulación y error determinante de la voluntad, cfr. P. MAJER, *El error determinante de la voluntad*, cit., pp. 151-215.

⁶⁴ Cfr. sent. c. Gianecchini 28-3-1995, n. 3; c. Funghini 24-5-1995, n. 6; c. Serrano 22-3-1996, n. 3; c. Pompedda 15-11-1996, n. 10; c. Faltin 23-7-1997, n. 4; c. Stankiewicz 23-10-1997, n. 13; c. Defilippi 22-7-1999; c. Caberletti 23-7-1999, n. 5.

fidelidad, sino que se requiere la voluntad de no asumir el deber de la fidelidad al propio consorte en el momento de la celebración matrimonial⁶⁵. La existencia de hechos de adulterio y otras infidelidades a lo largo de la vida matrimonial no pueden constituir de forma automática la demostración de que se ha excluido el derecho-deber a la fidelidad en el momento de casarse⁶⁶. Para apoyar una posible exclusión habrá que demostrar no sólo los hechos de infidelidad, sino que esos hechos respondían a una voluntad anterior o concomitante al matrimonio que quiso positivamente una unión sin derecho-deber de fidelidad conyugal. Viladrich destaca la enorme importancia de la prueba antecedente y concomitante a la celebración del matrimonio y de que esta prueba forme un continuo biográfico (una línea congruente de hechos y actitudes) con las infidelidades ocurridas en la subsiguiente vida matrimonial. Donde no hay ningún indicio antecedente y concomitante con los que explicar la infidelidad subsiguiente habrá que estar por la validez del matrimonio, por considerar que los hechos posteriores de infidelidad responden únicamente a un incumplimiento práctico de un derecho-deber que se había asumido en el momento de contraer⁶⁷.

Por su parte, Funghini considera que quien haya contraído matrimonio exclusivamente por motivos sociales, con intención de mantener simultáneamente una relación fornicaria, no sólo no ha cumplido y no cumple la obligación de la fidelidad, sino que no la ha asumido⁶⁸. Burke sostiene en diversas sentencias rotales que la *intentio* invalidante no es la de faltar a la fidelidad, sino la de excluir la conyugalidad⁶⁹. También rechaza la distinción entre la obligación de asumir y la obligación de cumplir para sostener la diferencia entre la obligación jurídica de la unidad conyugal (cuya asunción es esencial para el consentimiento válido) y la obligación moral de la fidelidad en materia sexual, que debe ser ciertamente asumida en el momento de prestar el consentimiento, pero no como requisito para la validez del vínculo⁷⁰.

⁶⁵ Cfr. sent. c. Sabbatani 13-11-1959; c. Masala 20-11-1971; c. Parisella 7-3-1979; c. Palestro 13-3-1978, n. 7. También en este sentido la reciente sent. c. Caberletti 22-6-2006, n. 6, cit., p. 148.

⁶⁶ Cfr. sent. c. Pompedda 16-1-1995, n. 8; sent. c. Serrano 22-3-1996, n. 4; c. Stankiewicz 21-3-1998, n. 17; c. Defilippi 13-2-1998, n. 18. Sent. c. Caberletti 22-6-2006, n. 6, cit., p. 148: «*ad probandam exclusionem boni fidei (...) oportet contrabentem sibi ius adulterandi reservavisse neque comparti tradisse ius ad fidem*».

⁶⁷ Cfr. P. J. VILADRICH, *El consentimiento matrimonial*, cit., p. 252.

⁶⁸ Cfr. R. FUNGHINI, *L'esclusione del bonum fidei*, cit., p. 285.

⁶⁹ Cfr. sent. c. Burke 8-2-1990, n. 4; c. Burke 25-10-1990, n. 4. Un comentario al pensamiento de Mons. Burke sobre esta cuestión, puede verse en J. CARRERAS, «Il bonum fidei e lo iuscorporalismo», en *Ius Ecclesiae*, 2 (1990), pp. 566-581.

⁷⁰ Cfr. C. BURKE, *Il contenuto del bonum fidei*, cit., p. 666.

En todo caso, siguiendo a Franceschi, consideramos que la respuesta al caso concreto debe encontrarse en el análisis de la voluntad específica a la luz del objeto del consentimiento matrimonial, a fin de determinar si la voluntad real del contrayente era la de entregarse conyugalmente, con la exclusividad que esta donación implica o si había una voluntad positiva que por algún motivo excluía esa exclusividad en el don de sí⁷¹.

3.1.3. *Existencia de una causa grave y proporcionada de exclusión*

La *causa simulandi* constituye la explicación de la *mala voluntas* de alterar la sustancia del matrimonio por parte del contrayente⁷². Debe tratarse de una motivación proporcionadamente grave, en relación a la estimación del simulante y al bien o elemento del matrimonio que se ha excluido⁷³.

3.2. *La práctica de la prueba en la exclusión del «bonum fidei»*

El esquema probatorio elaborado por la jurisprudencia para la determinación jurídica de la existencia de este vicio del consentimiento consta de tres elementos principales: la confesión judicial (o extrajudicial hecha «*in tempore non suspecto*») del simulante, confirmada por testigos dignos de fe o realizada en documentos fidedignos, la explicación del hecho simulatorio a través de una adecuada *causa simulandi*; la confirmación de la simulación a través de las circunstancias antecedentes, concomitantes y subsiguientes⁷⁴. La confesión del simulante suele considerarse como prueba directa, mientras todos los demás elementos constituyen prueba indirecta de la simulación. La distinción entre prueba directa o indirecta no tiene carácter taxativo o jerárquico, sino

⁷¹ Cfr. H. FRANCESCHI, *L'esclusione del «bonum fidei» nella giurisprudenza rotale recente*, cit., pp. 6-7, donde añade que indudablemente esto es más factible cuando en la historia personal encontramos una relación precedente que se desea mantener a pesar de haber contraído matrimonio.

⁷² Cfr. sent. c. Massimi 16-V-1933, «SRRDec.» vol. XXV (1933), pp. 311-317.

⁷³ Cfr. sent. c. Filipiak 26-3-1966, n. 2; c. Pompedda 21-1-1972, n. 2; c. Pinto 6-11-1972, n. 5; c. Bruno 17-5-1996, n. 4.

⁷⁴ Aunque no es un esquema taxativo, señala el camino por el que el juez puede más fácilmente alcanzar la certeza moral y es utilizada por la mayor parte de las sentencias rotales. Cfr. sent. c. Quattrocolo 20-2-1931, n. 2; c. Roberti 21-12-1943, n. 16; c. Pinto 9-4-1973, n. 4; c. Ferraro 11-11-1980, n. 8; c. Ragni 9-12-1982, n. 8; c. Colagiovanni 8-7-1986, n. 10; c. Burke 17-6-1992, n. 5; c. Boccafolo 25-2-1993, n. 10; c. Funghini 24-5-1995, n. 7; c. Giannecchini 23-1-1996, n. 2; c. Pompedda 15-11-1996, n. 11.

más bien subsidiario en cuanto establece el modo de llegar a la certeza moral. Es más, la prueba directa no debe considerarse necesariamente más segura que la indirecta, sobre todo si se considera una posible *simulatio simulationis*⁷⁵.

a) La confesión del simulante constituye el fundamento de toda la prueba en la simulación, puesto que, por tratarse de un acto interno, éste no puede ser conocido por otros sino en cuanto se ha manifestado externamente por quien ha simulado. La confesión tiene dos vertientes: la *confessio iudicialis*, realizada durante el proceso (la cual resulta más sólida cuanto más creíble se perfila el que confiesa), por la que se admite ante el juez un hecho desfavorable para aquel que confiesa, en favor de la otra parte (c. 1535 CIC)⁷⁶; y la *confessio extraiudicialis* hecha *in tempore non suspecto* (antes o inmediatamente después de celebrarse el matrimonio), a la que se suele atribuir un gran peso probatorio, superando el de la confesión judicial⁷⁷, por tratarse de afirmaciones hechas en un tiempo en el que no se había planteado la causa de nulidad⁷⁸.

Como es sabido, el actual Código ha atribuido mayor fuerza probatoria a las declaraciones de las partes en juicio, a través de los cánones 1536 § 2⁷⁹ y 1679⁸⁰, de modo que dichas declaraciones podrían llegar a constituir prueba plena⁸¹, si son corroboradas por otros elementos probatorios⁸². En este con-

⁷⁵ Cfr. sent. c. Raad 5-2-1981, n. 7.

⁷⁶ El clásico concepto procesal de *confesión* indicaría toda afirmación hecha en contra de los propios intereses según la posición que se tiene en el proceso. Esta noción está siendo abandonada por la doctrina canónica, ya que en los procesos de nulidad matrimonial todos los sujetos están implicados en la búsqueda de la verdad, por lo que nadie declara en contra de los propios intereses, con independencia de que pueda tener interés en obtener la declaración de nulidad. Cfr. M. A. ORTIZ, «La valutazione delle dichiarazioni delle parti e della loro credibilità», en *Ius Ecclesiae*, 19 (2007), pp. 160-161.

⁷⁷ Cfr. sent. c. Palazzini 6-6-1973, n. 6; c. Pompedda 19-12-1970, n. 2; c. Pinto 9-4-1973, n. 4; c. Funghini 17-4-1991, n. 7; c. Giannecchini 28-3-1995, n. 4; c. Funghini 24-5-1995, n. 7; c. Defilippi 9-7-1997, n. 9; c. Pompedda 15-11-1996, n. 11.

⁷⁸ Cfr. sent. c. De Jorio 22-2-1984, n. 4; c. Huot 17-2-1983, n. 5.

⁷⁹ «En las causas que afectan al bien público, la confesión judicial y las declaraciones de las partes que no sean confesiones pueden tener fuerza probatoria, que habrá de valorar el juez juntamente con las demás circunstancias de la causa, pero no se les puede atribuir fuerza de prueba plena, a no ser que otros elementos las corroboren plenamente».

⁸⁰ «A no ser que las pruebas sean plenas por otro concepto, para valorar las declaraciones de las partes de acuerdo con el c. 1536, el juez ha de requerir, si es posible, testigos que declaren acerca de la credibilidad de las partes». Cfr. sent. c. Funghini 24-4-1995, n. 7; c. Caberletti 22-6-2006, n. 6, cit., p. 148.

⁸¹ Se entiende por «prueba plena» aquella que resulta suficiente para alcanzar la certeza moral.

⁸² El art. 180 de la Instrucción *Dignitas Connubii* aclara expresamente que los elementos que deben corroborar las declaraciones son de naturaleza probatoria y no de otra índole, como habían interpretado con interioridad algunos autores: cfr. A. STANKIEWICZ, «Valutazione delle prove se-

texto adquieren relevancia los llamados «testigos de credibilidad», aquellos que no teniendo un conocimiento directo del hecho controvertido (en este caso, la exclusión de la fidelidad), son llamados al proceso a fin de que den noticia sobre la probidad y veracidad de los partes en causa (los cónyuges) en la materia debatida, para valorar las declaraciones hechas por éstos conforme al c. 1536 CIC⁸³. Además de los testigos de credibilidad, a tenor del mismo canon 1679, el juez puede tener en cuenta otros indicios y adminículos⁸⁴. Los jueces deben valorar atentamente la coherencia de todos estos elementos a fin de estimar la fuerza probatoria de los mismos⁸⁵.

Por otra parte, el juez sí que podría –al menos teóricamente– atribuir valor de prueba plena a la confesión extrajudicial ya que el Código no establece lo contrario (c. 1537 CIC)⁸⁶. Cabe añadir también que en las causas matrimoniales, por tener como objeto un bien público, la confesión (tanto la judicial como la extrajudicial) no exonera de la carga de la prueba, como ocurre en las causas que versan sobre bienes privados (c. 1536 § 1 CIC).

Ya se ha comentado que no es fácil obtener la confesión del simulante en estas causas, puesto que supone el reconocimiento de una actitud moralmente reprobable y socialmente no bien vista. Por este motivo, con cierta frecuencia la parte que supuestamente ha excluido la fidelidad no llega tan siquiera a comparecer en juicio. El juez no debe sin embargo conformarse ante esta situación y es su obligación intentar, a través de todos los medios a su alcance, que ambas partes cooperen en la tarea de llegar a la verdad sobre la existencia del vínculo matrimonial.

La confesión es considerada la «prueba reina» porque teóricamente reproduce más fidedignamente la voluntad real del contrayente, pero eso no sig-

condo l'istruzione», en J. I. ARRIETA (a cura di), *L'Istruzione «Dignitas Connubii» nella dinamica delle cause matrimoniali*, Venezia 2006, p. 80; M. A. ORTIZ, *La valutazione delle dichiarazioni delle parti e della loro credibilità*, cit., p. 163.

⁸³ Cfr. L. DEL AMO, «Comentario al c. 1679», en INSTITUTO MARTÍN DE AZPILCUETA, *Código de Derecho Canónico*, Pamplona 2007, p. 1067.

⁸⁴ El término indicio proviene del latín *indicium*, hecho cierto que da a conocer otro, que está oculto. El juez puede argumentar la existencia de hechos relevantes a partir de otros hechos probados, que actúan como indicios (actitudes, comportamientos, palabras dichas u omitidas, etc.). Los adminículos son elementos que sirven de apoyo a los hechos principales (las mismas declaraciones de los testigos de credibilidad, atestados sobre la religiosidad, probidad y religiosidad, etc.). Cfr. M. A. ORTIZ, *La valutazione delle dichiarazioni delle parti e della loro credibilità*, cit., p. 165.

⁸⁵ Cfr. sent. c. Burke 19-10-1995, n. 18; c. Huber 24-11-1995, n. 7.

⁸⁶ «Respecto a la confesión extrajudicial aportada al juicio corresponde al juez, sopesadas todas las circunstancias, estimar qué valor debe atribuírsele».

nifica que cuando falte la confesión (ya sea por la negación del sujeto o por su incomparecencia en juicio), o cuando solamente exista confesión judicial (faltando la extrajudicial), no sea posible alcanzar la necesaria certeza moral⁸⁷. En estos casos adquirirá especial relieve cuanto afirmen los testigos que sean dignos de fe, acerca de sus intenciones íntimas, a través de confidencias hechas inmediatamente antes o después de la celebración del matrimonio⁸⁸. El papel que debe atribuirse a estos testimonios no está sólo en relación a la averiguación de la verdadera voluntad del simulante, sino que son de enorme utilidad para reconstruir aspectos de la personalidad del sujeto en vistas a aplicar alguna de las presunciones jurisprudenciales⁸⁹, además de aportar datos acerca de las circunstancias antecedentes, concomitantes y subsiguientes que sean de interés para reconstruir los hechos.

El Código ofrece algunos criterios para una recta valoración de los testigos en el juicio: honestidad, coherencia de sus afirmaciones y conformidad de sus aserciones con el resto de los hechos probados (c. 1572 CIC). En cuanto al primer elemento, es evidente la especial importancia que tiene en estas causas verificar la credibilidad, tanto de las partes como de los testigos, ya que gran parte del valor de la prueba vendrá dado por la veracidad de cuanto afirmen. El Código establece que la declaración de un solo testigo es insuficiente para la plena prueba, reflejando el principio «*unius testis, nullius testis*» (c. 1573 CIC)⁹⁰.

b) A partir de los hechos probados por medio de la confesión de las partes y/o de las declaraciones de los testigos, el juez debe verificar si queda probada la existencia de la *causa simulandi* y de la *causa contrahendi*. Según la jurisprudencia rotal, ambas causas deben distinguirse entre sí, pero no deben separarse⁹¹. En orden a la eficacia de la prueba, resulta importante esclarecer, en primer lugar, qué explica el interés por celebrar el matrimonio (*causa contrahendi*, también llamada *causa nubendi*), buscando sólo una eficacia aparente, y en segundo lugar, qué explica que el sujeto tenga una voluntad interna excluyente (*causa simulandi*).

⁸⁷ Cfr. sent. c. Ewers 14-10-1972, n. 4; c. Gianecchini 19-11-1982, n. 6.

⁸⁸ Cfr. sent. c. Ewers 13-2-1971, n. 5; c. Parisella 15-10-1081, n. 5; c. Bruno 19-12-1995, n. 6; c. Gianecchini 31-5-1996, n. 3.

⁸⁹ Cfr. sent. c. Pozzi 13-5-1972, n. 4; c. Funghini 25-5-1995, n. 7; c. Gianecchini 13-10-1995, n. 3.

⁹⁰ Se admiten dos excepciones: el testigo de oficio o la corroboración de sus afirmaciones a través de las circunstancias.

⁹¹ Cfr. sent. c. Palestro 28-6-1989, n. 16; c. Funghini 17-4-1991, n. 7; c. Burke 17-7-1992, n. 5; c. Boccafola 25-2-1993, n. 10; c. Funghini 24-5-1995, n. 7; c. Gianecchini 23-1-1996, n. 2.

Entre las motivaciones para contraer puede encontrarse el deseo de adquirir un determinado *status* social, económico o profesional⁹². La *causa simulandi*, a su vez puede ser *próxima* (lo que movió a aplicar a su matrimonio concreto la exclusión, como por ejemplo dudas e incertezas prenupciales acerca del consorte, existencia de una relación sentimental precedente, etc.⁹³) o *remota* (educación recibida, ideas, convicciones, formación religiosa, ideológica, opiniones o hechos contrarios a la fidelidad en su familia o en su entorno social⁹⁴). La diferencia fundamental entre estos dos tipos de motivaciones es su grado de vinculación con el acto de consentimiento matrimonial: la causa próxima es el motivo por el cual el contrayente decide contraer un vínculo desprovisto del derecho-deber de la fidelidad; la causa remota no está directamente conectada con la formación del concreto consentimiento matrimonial, pero a través de circunstancias que pueden predisponer al sujeto para tomar la decisión de excluir la fidelidad⁹⁵. En el caso específico de exclusión del *bonum fidei* hay una serie de circunstancias que se consideran como predispositivas para tal exclusión (por ejemplo: la educación en un ambiente libertino), o el tratarse de un sujeto de conducta y costumbres desordenadas, sobre todo en el ámbito de las relaciones sexuales (promiscuidad y banalización de las relaciones íntimas). En este sentido, no hay que perder de vista que un error arraigado (*error pervicax*) en relación al derecho-deber de la fidelidad puede ser considerado como *causa simulandi remota*⁹⁶. Por otra parte, cuando este tipo de conductas y costumbres contrarias a la fidelidad puedan responder a una psicopatología grave, deberá considerarse la posibilidad de tratar la causa como incapacidad⁹⁷.

⁹² Cfr. sent. c. Masala 10-10-1973, n. 3.

⁹³ Hay que tener en cuenta que la *causa simulandi* próxima, dada su vinculación con el sujeto concreto, hay que buscarla caso por caso, sin que sea posible generalizar. La jurisprudencia, sin embargo, ha detectado con cierta frecuencia como causa próxima de simulación el tener una relación amorosa anterior a la celebración del matrimonio a la que el sujeto ha decidido dar continuidad después de la boda: cfr. sent. c. Pinto 23-7-1970, n. 5; c. Bruno 15-6-1990, n. 9; c. Davino 24-1-1991, n. 6.

⁹⁴ Cfr. sent. c. Pompedda 19-12-1970, n. 2; c. Giannecchini 12-1-1982, n. 3; c. Bruno 24-7-1985, n. 6; c. Giannecchini 28-3-1995, n. 4.

⁹⁵ Cfr. sent. c. Pozzi 13-5-1972, n. 4; c. Ferraro 16-10-1984, n. 16; c. Bruno 15-6-1990, n. 9; c. Davino 24-1-1991, n. 6; sen. c. Caberletti 22-6-2006, n. 6.

⁹⁶ Cfr. sent. c. Defilippi 13-2-1998, n. 16. Cfr. P. MAJER, *El error determinante de la voluntad*, cit., pp. 74-79.

⁹⁷ Cfr. T. P. DOYLE, *A New Look at the Bonum Fidei*, cit., pp. 19-20. Por otra parte, hay que tener presente que la jurisprudencia reciente es unánime al reconocer la incompatibilidad entre el capítulo de la incapacidad de asumir la obligación de la fidelidad y la exclusión de la misma, de mo-

Las denominadas *causa contrahendi* y *causa simulandi* son motivaciones, intereses, fines y circunstancias que giran alrededor del acto simulatorio sin identificarse con él. A efectos de prueba son muy importantes ya que, aunque no sean el acto positivo de voluntad, explican el escenario que permiten suponer razonablemente su posibilidad. La ausencia de una clara *causa simulandi* próxima constituiría un evidente obstáculo para declarar la nulidad matrimonial por este capítulo⁹⁸. Pero aun habiéndose probado la existencia de ambas causas (*contrahendi* y *simulandi*), no queda necesariamente probada la exclusión misma, sino sólo que hubo motivaciones para ella. Llegar a partir de las causas o motivaciones a la convicción sobre la exclusión es técnicamente una presunción.

c) Completa la práctica de la prueba de la simulación el examen de las *circunstancias* antecedentes, concomitantes y subsiguientes. Las circunstancias son siempre una fuente rica de indicios y adminículos (cfr. c. 1679 CIC), que contribuyen a la reconstrucción de los hechos. Hacen referencia a las personas⁹⁹ (edad, sexo, educación, ambiente familiar), a los lugares (referencia a creencias o hechos corrientes en determinados ambientes o culturas) y los tiempos (ayudan a reconstruir la secuencia de los hechos). En las causas sobre simulación, los hechos (el propio comportamiento del contrayente que simula) pueden ser mucho más elocuentes que las palabras¹⁰⁰, por eso la jurisprudencia pide siempre la confirmación de la voluntad simulatoria en las circunstancias que rodean la celebración del matrimonio¹⁰¹. Las circunstancias, a

do que quien no es capaz de asumir la fidelidad tampoco puede realizar el acto positivo de exclusión: cfr. H. FRANCESCHI, *L'esclusione del «bonum fidei» nella giurisprudenza rotale recente*, cit., p. 9.

⁹⁸ Cfr. sent. c. Giannecchini 18-12-1990, n. 7; c. Faltin 21-7-1993, n. 10; c. López-Illana 12-12-1994, n. 22.

⁹⁹ La jurisprudencia atribuye especial importancia a las circunstancias que revelan la personalidad del sujeto: cfr. sent. c. Masala 20-10-1971, n. 3; c. Lefebvre 22-7-1972, n. 5; c. De Jorio 13-6-1973, n. 6; c. Giannecchini 19-11-1982, n. 6; c. Funghini 24-5-1995, nn. 6-7; c. Giannecchini 13-10-1995, n. 3. Funghini subraya que hay que atribuir mayor peso a las personas, a su modo de pensar y de actuar, a sus convicciones y preocupaciones, que al simple hecho de la falta de fidelidad postmatrimonial, aunque ésta tenga conexión con el período anterior al matrimonio. Más que a la realidad de una «praxis adulterina», hay que examinar a los protagonistas de la misma y a las circunstancias que la han determinado. Cfr. R. FUNGHINI, *L'esclusione del bonum fidei*, cit., p. 285.

¹⁰⁰ Tal como sostiene el aforisma clásico «*facta verbis validiora sunt*».

¹⁰¹ Cfr. sent. c. De Lanversin 24-7-1985, n. 5; c. Colagiovanni 8-7-1986, n. 10; c. Palestro 28-6-1989, n. 16; c. Serrano 17-7-1989, nn. 3-6; c. Burke 17-6-1992, n. 5; c. Boccafola 25-2-1993, n. 10; c. Funghini 14-5-1995, n. 7; c. Giannecchini 23-1-1996, n. 2; c. Pompedda 15-11-1996, n. 11.

diferencia de las presunciones, deben ser probadas y no deducidas o admitidas como hipótesis. Cuando resultan ser ciertas y unívocas pueden ofrecer al juez una fuente segura sobre la fundamentación de la simulación¹⁰².

Debe tenerse en cuenta que en las causas de exclusión adquiere especial importancia probar la coherencia del comportamiento del simulante, la historia de los hechos en su conjunto y en su secuencia temporal, de modo que a través de las circunstancias antecedentes, concomitantes y subsiguientes sea posible reconstruir todos aquellos hechos (y la conexión entre ellos) que sean expresivos de la existencia de una voluntad excluyente, anterior o simultánea al acto de contraer¹⁰³.

3.3. *La prueba presuntiva en la exclusión del bonum fidei*

El CIC contiene dos presunciones de derecho que atañen a la prueba de la exclusión: el *favor iuris* de que goza el matrimonio (c. 1060 CIC), que implica la prueba de aquello que vaya en contra de su validez, y la establecida por el c. 1101 § 1 CIC, sobre la conformidad entre el acto interno de voluntad y las palabras y signos expresados en la celebración del matrimonio. Por tanto, la certeza moral sobre la nulidad del matrimonio debe superar estas presunciones (presunciones *iuris*, por estar previstas en una disposición normativa), basándose en los hechos probados y en otras presunciones que el juez pueda formular a partir de ellos (presunciones *hominis*, en cuanto no previstas en una norma, a tenor del c. 1584 CIC). El c. 1586 CIC establece que las presunciones (deducciones probables) del juez deben formularse en base a *hechos ciertos y conectados directamente con la causa* de la controversia: debe tratarse de hechos probados, no meramente deducidos, fruto de conjeturas, o considerados probables¹⁰⁴.

El empleo de presunciones es insustituible en las causas por simulación, dada la naturaleza inmaterial del acto excluyente, lo que obliga a conocerlo mediatamente, a través de situaciones vitales que tengan capacidad manifiesta de las decisiones o actitudes interiores. Las presunciones deben usarse con prudencia, adecuadamente combinadas con los hechos y no de manera abstracta y globalizante. Éstas tienen fuerza probatoria en la medida que se inte-

¹⁰² Cfr. sent. c. Parisella 11-1-1979, n. 6; c. Parisella 24-10-1974, n. 27; c. Ferraro 10-3-1981, n. 8.

¹⁰³ Cfr. P. J. VILADRICH, *El consentimiento matrimonial*, cit., p. 275.

¹⁰⁴ Cfr. sent. c. Pompedda 21-4-1986, n. 7.

rrelacionan con otras situaciones, hechos y circunstancias concretas del caso que se examina, componiendo con ellas un conjunto coherente y por eso mismo probatorio. A la vez, hay que considerar que los hechos por sí mismos son ambiguos¹⁰⁵, de modo que unos mismos hechos pueden ser la base de presunciones contrarias según los casos¹⁰⁶, ya que lo verdaderamente determinante es la coherencia en toda la actuación del sujeto.

La presunción cobra fuerza cuando está bien fundamentada en motivaciones sólidas que reflejan un *continuum* biográfico antecedente y concomitante, y que esas motivaciones sean proporcionadas para causar la exclusión. Para determinar si hubo exclusión del derecho y no de su ejercicio, habrá que prestar especial atención a la biografía antecedente, y a la conciencia subsiguiente de haber «incumplido» un deber (que por tanto asumió). Para calificar como simulación un supuesto en el que de hecho se dé infidelidad, habrá que demostrar, no sólo los hechos de infidelidad, sino que lo decisivo es que la práctica de la infidelidad se deba a una voluntad antecedente (en el momento de contraer matrimonio), actual o virtual no revocada, por la que se quiso una unión sin deber de fidelidad. Donde no hay ningún indicio antecedente y concomitante con los que explicar la infidelidad subsiguiente en términos de manifestación *a posteriori* de la positiva exclusión *a priori* del deber de la fidelidad, habrá que aplicar el principio del *favor matrimonii*¹⁰⁷.

En el ámbito de la jurisprudencia de la Rota se utilizan una serie de presunciones que pueden ayudar al juez en la aplicación del capítulo de exclusión del *bonum fidei*. Estas presunciones son siempre presunciones *hominis* y deben ser empleadas con prudencia, considerando el conjunto de los hechos y de las circunstancias del caso concreto que se trata de enjuiciar.

1) En caso de duda se presume la exclusión del mero ejercicio del derecho, en virtud del *favor matrimonii*, ya que el sujeto medio suele referir sus intenciones a actos concretos y no a los derechos¹⁰⁸.

2) La existencia de una causa objetiva que impide el cumplimiento de la fidelidad, unida al propósito de adular, podría fundar una presunción de exclusión del derecho-deber de la fidelidad. Tradicionalmente no se conside-

¹⁰⁵ «*Facta per se ambigua sunt*»: cfr. sent. c. Mattioli 29-3-1957, n. 2; c. Abbo 25-1-1968, n. 4; c. Pompedda 7-4-1981, n. 3.

¹⁰⁶ Un elenco ejemplificativo lo ofrece M. WEGAN, *L'esclusione del «bonum fidei»*, cit., pp. 104-105.

¹⁰⁷ Cfr. P. J. VILADRICH, *El consentimiento matrimonial*, cit., p. 252.

¹⁰⁸ Cfr. sent. c. Mattioli 30-10-1953, n. 2; c. Brennan 8-1-1959, n. 2; c. Ewers 11-10-1969, n. 9.

raba concluyente en favor de la exclusión del derecho exclusivo el propósito de mantener después del matrimonio unas relaciones establecidas con anterioridad al mismo. Incluso el haber prometido fidelidad al cómplice de esa relación no era para algunos jueces rotales argumento suficiente de la exclusión. En la actualidad, sin embargo, la jurisprudencia admite que contrae inválidamente quien lo hace con la intención de mantener relaciones con terceras personas, ya que se consideraría que en estos casos no se entrega en exclusiva al propio cónyuge¹⁰⁹.

3) La mera existencia de infidelidades subsiguientes al matrimonio, aun muy frecuentes, ni su papel determinante en la ruptura matrimonial son suficientes para probar la exclusión del derecho-deber de la fidelidad¹¹⁰.

4) La prueba del acto positivo de voluntad excluyendo la fidelidad se consideraba concluyente cuando éste había revestido forma de pacto o condición. Pero cuando éstos comenzaron a generalizarse, la presunción cambió en sentido contrario y pasó a presumirse la simulación del pacto¹¹¹.

Una sentencia *coram* Palestro de 16-5-1990¹¹² resume otras presunciones rotales a favor de una posible exclusión del *bonum fidei*: a) mentalidad liberal del simulante, costumbres disolutas y excesiva tendencia al sexo; b) agnosticismo moral o religioso, intolerancia hacia cualquier tipo de compromiso o manifiesto desprecio de la fidelidad; c) presencia de un amante anterior y posterior a las nupcias que en breve tiempo provoca la ruptura de la vida conyugal¹¹³; d) inmoderado amor a sí mismo, tendente a concentrar toda su atención hacia su persona y obstaculiza el recíproco intercambio de derechos y deberes conyugales¹¹⁴. A estas presunciones hay que añadir otra que, por infrecuente, no

¹⁰⁹ Cfr. sent. c. de Jorio, 30-10-1963; 13-7-1968; 27-10-1971; c. Bejan, 23-4-1969; c. Lefebvre, 15-11-1969; c. Ewers, 10-2-1973; c. Ferraro, 10-3-1981; c. Ragni, 9-12-1982. La sent. c. Pompedda 15-11-1996, n. 10 afirma que se puede presumir la exclusión de la fidelidad cuando existe el propósito firme de continuar una relación amorosa con una persona con la que se tenían relaciones durante el noviazgo. En el mismo sentido la c. Civili 20-11-1996, n. 14.

¹¹⁰ Cfr. sent. c. Pompedda 16-1-1995, n. 8; sent. c. Serrano 22-3-1996, n. 4; c. Stankiewicz 21-3-1998, n. 17; c. Defilippi 13-2-1998, n. 18; c. Caberletti 22-6-2006, n. 6.

¹¹¹ Es más, la existencia de un pacto escrito se considera indicio de simulación del pacto, ante la necesidad de preconstituir la prueba. Cfr. P. J. VILADRICH, *El consentimiento matrimonial*, cit., p. 257.

¹¹² Cfr. «RRDec.» vol. LXXXII, n. 8, pp. 370-371.

¹¹³ Se trata de la presunción más controvertida en este ámbito. Sobre el alcance de la misma, *vid.* sent. c. Stankiewicz 27-3-1987, nn. 8-9.

¹¹⁴ Estos criterios a favor de la exclusión de la fidelidad han sido repetidamente invocados en sentencias posteriores: cfr. sent. c. Bruno 15-6-1990, n. 9; c. Faltin 31-5-1995, n. 14; c. Defilippi 9-7-1996, n. 9.

debe ser dejada de tener en cuenta, especialmente en la actual configuración intercultural de las sociedades occidentales: se trata de la presunción en favor de una posible exclusión de la fidelidad en el caso de personas provenientes de culturas en las que la poligamia es un fenómeno generalizado¹¹⁵.

Ni estas presunciones, ni otras que puedan formularse¹¹⁶, sustituyen la prudencia del juez en la valoración de cada caso concreto. En los supuestos de exclusión del *bonum fidei* nos encontramos con la dificultad, ya apuntada anteriormente, de distinguir entre la voluntad de entregarse y aceptarse mutuamente como cónyuges, de las faltas, limitaciones y desórdenes morales que puedan darse en el contexto de una relación matrimonial: es decir, hay que distinguir entre la voluntad simulatoria y la voluntad matrimonial verdadera, aunque imperfecta¹¹⁷.

Ninguna fórmula legal o jurisprudencial puede dar por sí misma respuesta al caso concreto, sino sólo la prudencia del juez, cuando realiza una valoración global de la situación de cada caso, puede y debe dar una respuesta conforme a la verdad¹¹⁸. Para alcanzar la certeza moral exigida en todo pronunciamiento sobre la validez del matrimonio, es imprescindible valorar todos los elementos de cada caso singular, evitando generalizaciones y la aplicación estereotipada de criterios provenientes de casos similares¹¹⁹. Los criterios generales no pueden aplicarse indiscriminadamente, con más motivo en este capítulo de nulidad, sobre el que no hay todavía un número elevado de pronunciamientos¹²⁰. Al fin y al cabo, no cabe olvidar una realidad fundamental: la inclinación natural al matrimonio es la regla general, teniendo la nulidad siempre carácter excepcional, que debe ser debidamente probada¹²¹.

¹¹⁵ Cfr. c. Ewers 11-10-1969, n. 3; sent. c. De Lanversin 17-3-1982, n. 2; c. Stankiewicz 21-4-1983, n. 4; c. Pinto 6-3-1987, n. 5.

¹¹⁶ El valor de estas presunciones viene dado por la autoridad de la jurisprudencia rotal, pero hay que decir que ni son las únicas posibles, ni deben ser necesariamente utilizadas por el juez.

¹¹⁷ Cfr. H. FRANCESCHI, *L'oggetto dell'esclusione del «bonum fidei» nella giurisprudenza della Rota Romana*, cit., p. 765.

¹¹⁸ Cfr. *ibid.*, p. 778.

¹¹⁹ Z. GROCHOLEWSKI, *De exclusione indissolubilitatis ex consensu matrimoniali*, cit., pp. 149-150.

¹²⁰ A título de ejemplo, entre los años 1995 y 2001 (año del último volumen de sentencias, publicado en 2009), se han dado 35 sentencias rotales sobre este capítulo de nulidad, de las cuales sólo 12 han sido afirmativas.

¹²¹ Cfr. sent. c. Monier 27-6-1997, n. 6.

Bibliografía

- BAÑARES, J. I., «La relación intelecto-voluntad en el consentimiento matrimonial», en *Ius Canonicum*, XXXIII (1993), pp. 553-606.
- BROWN, R., «Non-inclusion: a form of simulation?», en AA.VV., *Proceedings of The Forty-first Annual Convention, Albuquerque, New Mexico, Toledo-Ohio 1979*, pp. 1-11.
- BURKE, C., «Il contenuto del bonum fidei», en *Apollinaris*, 64 (1991), pp. 649-666.
- CARRERAS, J., «Il bonum fidei e lo iuscorporalismo», en *Ius Ecclesiae*, 2 (1990), pp. 566-581.
- DEL AMO, L., «Comentario al c. 1679», en INSTITUTO MARTÍN DE AZPILCUETA, *Código de Derecho Canónico*, Pamplona 2007, p. 1067.
- DOYLE, T. P., «A New Look at the Bonum Fidei», en *Studia Canonica*, 12/1 (1978), pp. 5-40.
- FRANCESCHI, H., «L'oggetto dell'esclusione del *bonum fidei* nella giurisprudenza della Rota Romana», en *Ius Ecclesiae*, 12 (2000), pp. 757-784.
- , «L'esclusione del *bonum fidei* nella giurisprudenza rotale recente», texto de la intervención en el *IV Corso di aggiornamento in diritto matrimoniale e processuale canonico* (Pontificia Università della Santa Croce, 20-24 de septiembre de 2010), pro manuscripto.
- FUNGHINI, R., «L'esclusione del bonum fidei», en P. A. BONNET y C. GULLO (a cura di), *Diritto matrimoniale canonico*, vol. II, Città del Vaticano 2003, pp. 279-285.
- GAS AIXENDRI, M., «Error determinante de la voluntad (c. 1099 CIC) y simulación (c. 1101 § 2 CIC)», en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n. 18, octubre 2008.
- , «La formulación del concepto “acto positivo de voluntad” contrario al matrimonio hasta el CIC 1983», en J. KOWAL y J. LLOBELL (eds.), *Iustitia et iudicium. Studi di Diritto matrimoniale e processuale canonico in onore di A. Stankiewicz*, vol. II, Città del Vaticano 2010, pp. 753-779.
- GASPARRI, P., *Tractatus canonico de matrimonio*, vol. VI, Romae 1932.
- GROCHOLEWSKI, Z., *De exclusione indissolubilitatis ex consensu matrimoniali eiusque probatione Considerationes super recentiores sententias rotales*, Neapoli 1973.
- , «Positivo l'atto di volontà come causa di nullità del matrimonio secondo il can. 1101 § 2 del nuovo Codice», en AA.VV., *Questioni canoniche. Miscellanea in onore del Professore P. Esteban Gómez, O. P.*, Milano 1984, pp. 251-270.

- HERVADA, J., «Esencia del matrimonio y consentimiento matrimonial», en *Persona y Derecho*, 9 (1982), pp. 149-179.
- , «La simulación total (comentario a la sentencia de la S.R.R. de 22-II-1961 c. Canals)», en J. HERVADA, *Vetera et Nova. Cuestiones de Derecho Canónico y afines (1958-1991)*, vol. I, pp. 237-293.
- MAJER, P., *El error determinante de la voluntad*, Pamplona 1997.
- NAVARRETE, U., «I beni del matrimonio. Elementi e proprietà essenziali», en AA.VV., *La nuova legislazione matrimoniale canonica*, Città del Vaticano 1986.
- ORTIZ, M. A., «La valutazione delle dichiarazioni delle parti e della loro credibilità», en *Ius Ecclesiae*, 19 (2007), pp. 157-175.
- PAWLOWSKI, A., *Il «bonum fidei» nella tradizione canonica e la sua esclusione nella recente giurisprudenza rotale*, Roma 2002.
- SÁNCHEZ, T., *De sancto matrimonii sacramento*, Lib. V, disp. 9, n. 2.
- SANSON, R. J., «Implied simulation: grounds for annulment?», en *The Jurist*, 48 (1988), pp. 747-770.
- STANKIEWICZ, A., «Concretizzazione del fatto simulatorio nel *positivus voluntatis actus*», en *Periodica*, 87 (1998), pp. 260-281.
- , «De iurisprudencia rotalis recentiore circa simulationem totalem et partialem (cc. 1101 § 2 CIC; 824 § 2 CCEO)», en *Monitor Ecclesiasticus*, 122 (1997), pp. 465-485.
- , «Valutazione delle prove secondo l'istruzione», en J. I. ARRIETA (a cura di), *L'Istruzione «Dignitas Connubii» nella dinamica delle cause matrimoniali*, Venezia 2006.
- TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae, Suppl.*, q. 49, a. 3 ad 2.
- VILADRICH, P. J., *El consentimiento matrimonial*, Pamplona 1998, 246-257.
- WEGAN, M., «L'esclusione del *bonum fidei* nella più recente giurisprudenza della Rota Romana», en *Apollinaris*, 61 (1988), pp. 89-108.