



La exclusión del «*bonum fidei*» a la luz de la jurisprudencia y del Concilio Vaticano II

MARIANO LOPEZ ALARCON

1. La jurisprudencia de la Sagrada Rota Romana acerca de la nulidad del matrimonio por exclusión del *bonum fidei*, comparada con la de su mismo género, no cuenta con abundancia de decisiones, ni ofrece en sus construcciones agilidad conceptual ni enriquecimiento progresivo de su doctrina, tal vez porque tampoco los autores han hecho objeto de sus preferencias esta causa de simulación del consentimiento matrimonial.

La sentencia rotal c. Ewers, de 28 de febrero de 1970, que me limito a presentar al lector, ofrece la particularidad de que cita unos textos del Concilio Vaticano II, recogiendo por ello en el *in iure* una triple fuente argumental: 1.^a Los cánones 1013/2 y 1086/2; 2.^a Las Constituciones conciliares *Lumen gentium* (núm. 41) y *Gaudium et spes* (número 49); 3.^a La jurisprudencia rotal más reciente, de la que se extraen algunos principios, sustantivos y procesales, que se han ido elaborando por el Tribunal romano so-

bre el alcance y la prueba de esta causa de nulidad.

Por lo que concierne a los textos del *Codex* que se citan, constituyen la obligada fundamentación jurídico-positiva de la sentencia: es nulo el matrimonio cuando se excluye por acto positivo de voluntad alguna propiedad esencial del mismo, cual es la unidad. Pero este esquema legal ha demostrado ser demasiado simple para que se baste por sí sólo para resolver las situaciones con las que han tenido que enfrentarse los Tribunales eclesiásticos y la jurisprudencia ha tenido que ir levantando sobre ese núcleo legislativo un complejo de elementos interpretativos e integradores del que ya no se puede prescindir para solucionar los asuntos matrimoniales relacionados con el *bonum fidei*. Principios, máximas y presunciones han sido elaborados sutilmente para precisar qué debe entenderse por unidad matrimonial, la *intentio* que ha de concurrir para que haya exclusión del *bonum fi-*

dei, cómo debe exteriorizarse para que alcance a probar la exclusión, lo que se presume en caso de duda general sobre la validez del matrimonio y en situaciones particulares, especialmente sobre la prueba del *ius* y del *exercitium iuris*. Se descende a tales detalles, que la cita de los textos del *Codex* se hace puramente formularia y la jurisprudencia se alza dominadora de la premisa normativa del silogismo judicial.

Ante la insuficiencia de la ley canónica en la regulación del consentimiento matrimonial la jurisprudencia, al completarla, cumple una misión importante y hasta necesaria. Al legislador cumple incorporarla a los textos de su producción normativa en aquellos puntos ya tipificados e imprescindibles para una configuración de la ley que, dentro de su abstractismo y generalidad, abarque con la suficiente amplitud el hecho jurídico correspondiente y haga innecesario el recurso al empleo abusivo de la jurisprudencia. Cuando ésta reitera sus declaraciones y principios jurídicos, que devienen instrumento usual en la solución judicial de conflictos, se impone una fijación legislativa del *stylus Curiae*. Por eso, en el año 1904 pedía San Pío X a los expertos encargados de preparar el *Codex Iuris Canonici* que incorporaran, entre otras fuentes, Decisiones de las Sagradas Congregaciones Romanas y de los Tribunales eclesiásticos; y el mismo propósito ha expresado S. S. Paulo VI el 12 de febrero de 1968 con motivo de la inauguración del año judicial: «La vasta e multiforme esperienza accumulata dal vostro Tribunale in questi ultimi anni, vi mette in grado, oggi come in passato, di fornire un materiale copioso e qualificato per la nuova legislazione. Non soltanto, come è evidente, la parte dedicata alla struttura e dinamica del processo canonico e alla

dommatica del matrimonio, ma anche gli stessi principi e gli istituti fondamentali del Diritto Canonico potranno essere individuati in maniera più genuina e definiti in termini più sicuri con l'apporto della dottrina contenuta nelle vostre Decisioni».

De no producirse esa incorporación, se perpetúa la funcionalidad legislativa de la jurisprudencia lo que atenta contra una ordenada distribución de funciones en la Iglesia y contra el derecho que los fieles tienen a la seguridad jurídica.

La sentencia c. Ewers es una muestra elocuente de la relevancia normativa de la jurisprudencia, que ha ido elaborando principios, máximas, reglas y presunciones que, interpuestas entre la ley y los hechos, se erigen en normas vinculantes para el juez y limitan sus facultades interpretativas de la ley y su libertad de valoración de las pruebas. He aquí algunas reglas jurisprudenciales que fundamentaron la *infirmitas* de la sentencia de 6 de febrero de 1968 pronunciada por el anterior turno rotal:

- 1) «Accipi debet principium, quod penes ad nullitatem consensus inducendam requiritur positiva detrectatio tradendi alteri parti exclusivam potestatem sui corporis in ordine ad actus coniugales, nec sufficere meram intentionem laedendi fidem coniugalem».
- 2) «Merum factum negativum, quo aliquis intentionem non habeat probrosum commercium dirumpendi, non constituit positivam intentionem contra unitatem».
- 3) «Pro certo habemus excludere bonum fidei et ideo invalide ex hoc capite contrahere virum, qui, dum consensus praestat, propositum gerat non dimittendi concubinam, quacum consuetudinem stupri servare con-

stituat: non tradit, enim comparti ius exclusivum in proprium corpus».

4) «Invalide contrahere censemus mulierem, quae in nuptiis ineundis propositum, actuale vel virtualiter perseverans, gerat corporis sui copiam faciendi et aliis viris, quamvis ne cogitet quidem de iure in proprium corpus tradendi praedicti: in hypothesis enim mulier non assumit obligationem servandi fidem».

No otra fue la técnica seguida por la sentencia *infirmata* para fundamentar una respuesta contraria: reglas jurisprudenciales diversas de las empleadas por la sentencia c. Ewers. En el *in iure*, núm. 3, de la expresada Decisión de 6 de febrero de 1968 se arguye: «Quid requiratur in casibus huiusmodi, ut simulatio concludenter probetur, in jurisprudencia Rotali pacificum est. Factum, etsi plene probatum, commercii amatorii cum tertia persona jam ante nuptias initi et postea prosecuti, vel imo intentio jam ante matrimonium declarata commercium illud post nuptias non intermittendi per se ambigua est, nec in se inspecta, satis est, ut praesumptio canone 1086 par. 1 statuta infirmetur» («Monitor Ecclesiasticus», XCIII, 1968, pg. 477).

No pretendemos investigar aquí cuál es la jurisprudencia pacífica en orden a la prueba de la simulación excluyente del *bonum fidei*, pues no se llegaría a resultados definitivos, sino poner de relieve la incertidumbre doctrinal que se deriva de este imperio de la jurisprudencia y, por consiguiente, la inseguridad jurídica que ello trae a los fieles que tienen que acudir a los Tribunales eclesiásticos. El remedio está en que la ley delimite con suficiente precisión este *caput nullitatis* y también sería saludable liberar al juez, en lo posible, de presunciones proba-

torias y que se atuviera al principio de la libre y conjunta apreciación de la prueba.

En este sentido ha comenzado a manifestarse la doctrina científica y hay que subrayar «la tendencia —dentro al menos de un sector relevante de la doctrina canónica, apoyada de algún modo en determinada jurisprudencia— dirigida a ampliar el margen de libertad en que el órgano judicial debe desenvolverse, en su actividad de apreciación o valoración de la prueba, a fin de obtener una certeza moral de los hechos más conforme con la conciencia de la persona encargada de juzgar» (CARMELO DE DIEGO, *La apreciación de las pruebas de documentos y confesión judicial en el proceso de nulidad del matrimonio*, IUS CANONICUM, VII, 1967, pg. 537).

Para lograrlo habrá que superar también la actual técnica descriptiva que se sigue en el *in facto* de las sentencias, con minuciosa relación de datos probatorios que se viene concretando, por lo general, en un fragmentarismo casuístico de manifestaciones de partes y testigos que, en ocasiones, aparenta que se ha llevado a cabo una selección predeterminadora del fallo. La valoración de la prueba debe remontarse por encima de la apreciación atomizada y seleccionada de los diferentes materiales aportados a la causa, para derivar hacia una valoración conjunta, en unidad de juicio, de toda la actividad probatoria, incluida la actitud de las personas interrogadas en el proceso, la situación psicológica, la probidad y, en fin, tantos factores personales de los que no debe prescindirse en el momento de enjuiciar la prueba, pues con frecuencia debería de tomarse en consideración, no tanto el contenido de una frase, como las condiciones personales del sujeto que la pronunció.

Claro que ello está íntimamente conectado con el principio de intermediación y con el descubrimiento de la verdad real en los procesos de nulidad del matrimonio por simulación, pues la libre y conjunta apreciación de la prueba requiere que los jueces tengan oportunidad de apreciarla directamente y dentro del más amplio campo probatorio que pueda procurarse.

2. Contrasta con esta relevancia de la jurisprudencia en la construcción de la sentencia c. Ewers, la escasa operatividad concedida a la doctrina sobre el matrimonio sentada por el Concilio Vaticano II, pues se limita a consignar que éste confirma que la fidelidad es una propiedad esencial del matrimonio, con cita de dos fragmentos, uno del núm. 41 de la Constitución *Lumen gentium* y otro del núm. 49 de la *Gaudium et spes*. Son ya bastantes las sentencias que apelan al Vaticano II en el *in iure*; Villegiante recoge quince (*L'amore coniugale*, Città del Vaticano, 1971, pg. 373), algunas de las cuales han sido publicadas en las revistas especializadas en Derecho canónico; pero no se ha acometido todavía por dichas decisiones ni, por lo tanto, se puede contar ya con una doctrina jurisprudencial cierta, el fundamental problema que las Constituciones conciliares citadas han introducido en la concepción tradicional del matrimonio, al situar en el centro del mismo el amor conyugal.

Concretamente, en relación con la sentencia c. Ewers, es cierto que el Vaticano II confirma la fidelidad conyugal como propiedad esencial del matrimonio, pero predicándola del amor y fundándola también en la dignidad personal del hombre y de la mujer. Esto significa una transposición de conceptos, que viene constituyendo la pro-

ocupación de buen número de estudiosos empeñados en descubrir el sentido y el alcance del amor en el matrimonio. Al canonista le acucia indagar si hay relevancia del amor en la configuración jurídica del matrimonio y, en caso afirmativo, concretar su participación en la constitución y en los efectos del matrimonio. Sobre ello se ha promovido una animada polémica y mientras unos rechazan la juridicidad del amor, sin desconocer su naturaleza ética, otros autores consideran que se trata de un elemento jurídico fundamental, prefiriendo algunos esperar a que el legislador canónico se defina en esta cuestión esbozada por el Concilio y sin fuerza obligatoria.

Pero ni la jurisprudencia ni la doctrina van a poder desentenderse de que, inequívoca y casi obsesivamente, el Concilio ha hecho presente el amor en la comunidad conyugal y en el mismo matrimonio *in fieri*. Creo que la respuesta sensata y adecuada del canonista debe ser contribuir con su esfuerzo a la traducción a fórmulas jurídicas de este hecho incontestable que el Concilio ha proclamado, como supo hacerlo con la cópula, la buena fe, la unidad y otros tantos elementos metajurídicos sabiamente incorporados al Derecho. No pensemos exclusivamente en los aspectos negativos que, por claudicación del amor conyugal, puedan atentar contra la estabilidad del matrimonio. Tengamos también en cuenta y valoremos jurídicamente la parte positiva, el amor que perfecciona y eleva.

Es evidente que el amor no es el consentimiento, ni lo suple; pero hay que detectar y regular las manifestaciones jurídicas coercibles del amor, que también contribuirán a hacer ostensible el signo sacramental del matrimonio y a superar el tono asépticamen-

te contractualista y marcadamente transpersonalista que ahora tiene. Por supuesto que habrá de partirse de la *praesumptio amoris*; pero, si luego se demuestra que éste no existió en el momento constitutivo del matrimonio porque, además, se excluyeron algunas de sus propiedades o bienes o el mismo matrimonio, habría de apreciarse la nulidad de éste. Y si no consta probada la ausencia constitutiva del amor, pero se demuestra que después decayó y hasta llegó a convertirse en aversión, lo procedente sería separar a los cónyuges que han fracasado en el establecimiento de una comunidad de vida y de amor.

También a la luz de la doctrina conciliar queda pobre de contenido el can. 1082 y es más conforme con aquella que los cónyuges no ignoren, al menos, que el matrimonio es una comunidad permanente de vida y de amor ordenada a la procreación, cuyas consecuencias jurídicas necesitarán una adecuada regulación. Por último, considero de sumo interés la delicada cuestión propuesta por Bernhard sobre la consumación efectiva del matrimonio en el amor; habría que precisar legislativamente qué actos concretos, además de la cópula, podrían conducir a apreciar dicha consumación en el amor y si podría ampliarse el supuesto de la inconsumación y de la dispensa *super rato*.

Por lo que concierne a la fidelidad, son evidentes sus relaciones con el amor conyugal, como pone de relieve la Const. *Gaudium et spes*: «Amor ille mutua fide ratur, et potissimum sacramento Christi sancitus, inter prospera et adversa corpore ac mente indissolubiliter fidelis est, et proinde ab omni adulterio et divortio alienus remanet. Aequali etiam dignitate personali cum mu-

lieris tum viri agnoscenda in mutua plena dilectione, unitas matrimonii a Domino confirmata luculenter apparet» (núm. 49). En lenguaje jurídico ésto significa que no es conyugal el amor promiscuo y que el acto constitutivo del matrimonio debe estar preservado de toda impurificación fornicaria.

De lo contrario el matrimonio es nulo y la jurisprudencia debería abandonar tantas reglas y presunciones que conceden demasiado al cónyuge infiel. Creo que si los juristas nos preocupamos de captar y traducir a términos jurídicos el mensaje del Concilio sobre el amor conyugal habrá que abandonar bastantes pilares levantados por la jurisprudencia y por la doctrina en torno a la nulidad por exclusión del *bonum fidei*.

Así, no podrá defenderse que no consta la nulidad porque el cónyuge solamente tenga el propósito de adular, o porque solamente se pruebe el comportamiento adulterino antes y después del matrimonio. Tampoco se contará con apoyo para sostener la distinción entre el derecho y su ejercicio, pues la infidelidad amorosa es más grave e insidiosa en el segundo caso.

Hay que purificar el matrimonio de tantas situaciones insinceras y equívocas que, no rara vez, se ven favorecidas por los forzados procedimientos técnico-jurídicos que emplea la jurisprudencia y que hacen de muchos procesos un torneo de sutilezas, de falacias, de fintas ingeniosas o maliciosas... Y hay que agradecer al Concilio este aire sano que nos trae la inserción fundamental en el matrimonio del amor conyugal; ojalá que la Ciencia jurídica acierte a insertarlo también en sus construcciones y haga eficaz la voluntad del Concilio Vaticano II de exaltar el amor auténtico entre marido y mujer.

