

# ***NUEVOS TIEMPOS, NUEVAS RESPUESTAS: EL C. 1095.3 Y LA INCAPACIDAD RELATIVA***

*Javier Carnerero Peñalver OSST*

*Sumario:* El Código de derecho canónico en su canon 1095 regula la incapacidad psíquica para asumir el matrimonio, el capítulo de nulidad por el que mayoritariamente se juzga la nulidad de los matrimonios que se presentan ante los tribunales eclesiásticos. En su epígrafe 3 se refiere a los que presentan una "incapacidad para asumir" las obligaciones esenciales del matrimonio. Este número 3, novedoso en relación a la codificación anterior, plantea rotundamente la cuestión de la incapacidad relativa. El artículo, después de hacer unas consideraciones sobre la génesis del canon, procede a una exposición sistemática de su contenido, haciendo también referencia a las interpretaciones del mismo que pueden hallarse en la jurisprudencia y la doctrina.

*Summary:* The Code of Canon law on its canon 1095 rules the psychological incapacity to get married: the chapter of nullity by which are judged mainly the nullity of marriages which are presented at the ecclesiastical courts. On its epigraph 3 it refers to those who present incapacity to take the essential obligations of marriage. This number 3, novel in relation to the previous codification, raises categorically the problem of relative incapacity. The article, after making some considerations about the genesis of the canon, proceeds to a systematic exposition of its contents pointing to the interpretations of it that could be found in doctrine and jurisprudence.

*Palabras clave:* Código de derecho canónico; c. 1095.3; nulidad; incapacidad relativa.

*Key words:* Code of canon law; c. 1095.3; nullity; relative incapacity.

## **1. Introducción**

Desde hace años vengo dándole vueltas a publicar algo sobre el c. 1095, a ello me animó mucho Mons. Juan José García Faílde, decano entonces del Tribunal de la Rota de Madrid, cuando después de unas conferencias que dimos juntos en el Colegio de Abogados de Málaga conversamos sobre los nuevos posicionamientos de la doctrina y de la jurisprudencia sobre el matrimonio canónico. Recojo ahora el testigo cuando, con toda probabilidad, deje para siempre de interesarme de estos temas, haciendo si no testamento al menos recapitulación de estos doce años de práctica jurídica y docente.

Dado que esta revista, que me invita tan generosamente a escribir tiene un arco de difusión bastante amplio, debemos comenzar diciendo que el 1095 es el canon que regula la incapacidad psíquica para asumir el matrimonio, es decir, el capítulo de nulidad por el que mayoritariamente se juzga la nulidad de los matrimonios que se

presentan ante los tribunales eclesiásticos. Suelo indicar a mis alumnos que hay tres tipos de causas que hacen nulo un matrimonio, los dos primeros, el defecto de forma<sup>1</sup> y los impedimentos<sup>2</sup>, tienen muy poca incidencia, siendo raros los casos de nulidad que se presentan por ellos. Por tanto, la mayoría de los casos se plantean siempre por la tercera vía, es decir, por los vicios de consentimiento. Hay varios vicios que pueden atacar el consentimiento de las partes, entre los que podemos destacar la simulación, el error, el engaño, el miedo y la violencia, y tienen –según los casos– una mayor o menor relevancia en la jurisprudencia. Pero el más importante, al menos en número de procesos, es el referido las posibles perturbaciones psíquicas que afectan a los contrayentes a la hora de discernir su opción matrimonial con plena libertad y conciencia, nuestro c. 1095.

Debo decir, ya desde ahora, aunque después lo abordemos con más detalle, que esas posibles “perturbaciones psíquicas”, no suponen, necesariamente, un estado de locura o completa enajenación mental, de hecho los casos que se dan por el primer párrafo de este c. 1095, “quienes carecen de suficiente uso de razón”, son muy raros. No obstante hay que admitir que la mayoría de los casos de graves perturbaciones mentales se resuelven por los párrafos segundo y tercero sin acudir al primero. Ello ha podido crear cierto malestar, tanto en quien ha asumido que la Iglesia le ha dado por loco al reconocer la nulidad de su matrimonio, como por aquellos que suponen que un número, a su juicio excesivo, de declaraciones de nulidad, supone una falta de criterio en la evaluación del estado mental de los contrayentes.

De esta forma el c. 1095 intenta dar a juez un instrumento legal para evaluar la validez del consentimiento de una persona que se pretende incapaz de hacerlo y por ello incapaz de contraer matrimonio válido:

1095 Son incapaces de contraer matrimonio:

1. quienes carecen de suficiente uso de razón;
2. quienes tienen un grave defecto de discreción de juicio acerca de los derechos y deberes esenciales del matrimonio que mutuamente se han de dar y aceptar;
3. quienes no pueden asumir las obligaciones esenciales del matrimonio por causas de naturaleza psíquica.

---

<sup>1</sup> Que englobarían los defectos en la manifestación del consentimiento, es decir, faltas en la facultad del asistente, en el número de testigos, etc.

<sup>2</sup> Leyes que prohíben el matrimonio a determinados grupos de personas, por ejemplo, a los sacerdotes, a los religiosos, a los menores de una cierta edad, a los que tiene un vínculo de parentesco, etc. De estos sólo el impedimento de impotencia podría tener alguna mayor relevancia pero, normalmente, estos casos se suelen resolver por dispensa de rato no consumado y, en estricta ciencia, son en realidad más una incapacidad que un impedimento, como argumentaremos más adelante.

Como se puede apreciar tres números conforman el canon, de los cuales los que tienen más incidencia serán los dos últimos, el “grave defecto de discreción” y la “incapacidad para asumir”. Como entiendo que no todos estarán familiarizados con esta terminología, y para poder seguir el discurso, el defecto de discreción tendría que ver sobre todo con el proceso cognoscitivo y volitivo que me lleva al matrimonio; por decirlo de una manera más simple, si soy o no capaz, o si estoy o no en las condiciones adecuadas para responder a las preguntas ¿qué es el matrimonio y, sobre todo, este matrimonio concreto? y ¿lo quiero para mí? El tercer número del canon, al que con más detalle nos vamos a referir, no se plantea directamente en el proceso de discernimiento sino en la capacidad para asumir las obligaciones que se contraen en el matrimonio. No responde a si soy o no capaz de comprender y querer el matrimonio sino a si aún comprendiéndolo y queriéndolo, soy capaz de asumirlo, de comprometerme a llevarlo a término.

## 2. Un poco de historia

Lo primero que debemos notar en este n. 3 del canon 1095 es su casi absoluta novedad respecto a la codificación anterior. Por esa razón, creemos que, para comenzar a tratarlo, no es malo hacer un poco de historia. Así, nos daremos cuenta del progreso que ha supuesto este canon en la práctica de los Tribunales de la Iglesia, aunque corramos el riesgo de volver a repetir algún argumento en la exposición sistemática. Sin embargo, el concepto de incapacidad para asumir es muy antiguo, el derecho romano ya lo exponía diciendo que *ad impossibile nemo tenetur*<sup>3</sup> y, por tanto, que nadie puede obligarse a lo imposible, esta sentencia viene aplicada al matrimonio por el mismo Sto. Tomás<sup>4</sup> y aunque el Doctor Angélico hacía referencia a la *impotentia coeundi*<sup>5</sup>, su razonamiento para negar el valor jurídico del contrato estribaba en que el que padecía esta impotencia no podía dar lo que prometía<sup>6</sup>. Sin embargo, la canonística clásica no ha dado valor a este concepto y éste sólo ha entrado en la jurisprudencia en tiempos muy recientes. Es evidente que esto ha sido posible gracias al incremento de ciencias positivas como la psicología y la profundización en la naturaleza del acto humano. El Código de Derecho Canónico de 1917 no hacía referencia a estos capítulos, y cuando la doctrina y la jurisprudencia empezaron a dar los primeros pasos en este sentido, tenían que justificar sus decisiones en el concepto de matrimonio que proponía el antiguo c. 1081\*<sup>7</sup>; es decir, si el matrimonio lo produce el consentimiento de las partes, un vicio

<sup>3</sup> A. STANKIEWICZ, “De accomodatione regulae ‘impossibilium nulla obligatio est’ ad incapacitatem adimplendi matrimonii obligationes”: *Periódica de re morali, canonica, liturgica*, 68 (1979) 650.

<sup>4</sup> *Nullus potest se obligare ad impossibile*

<sup>5</sup> *...in quolibet contractu, hoc universaliter tenetur, quod ille, qui est impotens ad solvendum aliquid, non reputatur idoneus ad contratum illum quo se obligat ad eius solutionem*. S. Theol. Suppl. q. 58, art. 1, ad 14).

<sup>6</sup> Resulta cuanto menos chocante la aversión de cierta parte de la doctrina a resaltar paralelismos entre ambos capítulos cuando la base argumental nace precisamente de esta más que analogía flagrante similitud.

<sup>7</sup> c. 1081 § 1\*: El matrimonio lo produce el consentimiento entre personas hábiles según derecho, legítimamente manifestado; consentimiento que por ninguna potestad humana puede suplirse, *Código de Derecho Canónico y legislación complementaria*, traducción castellana promovida por la Universidad de Salamanca, UPSA Madrid 1957<sup>7</sup>.

en ese consentimiento es susceptible de atacar la validez del mismo. No se puede eludir la incidencia del Concilio Vaticano II en este proceso y el cambio de concepción que hace del concepto mismo de matrimonio, que se evidencia al comparar el parágrafo segundo del c. 1081 del viejo código y el c. 1057 del nuevo. Texto que hace referencia al magisterio de Pablo VI en la *Humanae Vitae* n. 8<sup>8</sup>:

|  |   |
|--|---|
| 1081, § 2*.: El consentimiento matrimonial es el acto de voluntad por el cual ambas partes dan y aceptan el derecho perpetuo y exclusivo sobre el cuerpo en orden a los actos que de suyo son aptos para engendrar la prole. | 1057, § 2.: El consentimiento matrimonial es el acto de voluntad por el cual el varón y la mujer se entregan y aceptan mutuamente en alianza irrevocable para constituir el matrimonio. |
|--|---|

A este punto permítaseme una digresión sobre el § 1 del c. 1081, recogido plenamente por el c. 1057 del actual Código. En él se expresa que es el consentimiento de las partes el que hace el matrimonio, consentimiento que aun siendo naturalmente suficiente, necesita dos notas para su total plenitud y por tanto validez, la de la habilidad jurídica de las partes, y la de la legitimidad de su expresión<sup>9</sup>. Estos dos conceptos han tenido también una evolución histórica hasta su expresión actual, en la que no podemos entrar. Con todo, conviene dejar claro que, cuando un sacerdote atenta matrimonio, en principio, puede dar un consentimiento naturalmente suficiente, es decir, puede saber y querer entregarse en ese pacto nupcial, siendo la ley positiva la que lo hace inválido al prohibírselo. Lo mismo ocurre cuando alguien se casa delante de quien no está deputado por la Iglesia como testigo cualificado o sin la presencia de los necesarios testigos comunes, su consentimiento objetivamente es el mismo que hubiesen podido dar con la necesaria dispensa del celibato o delante de los suficientes testigos, pero no llega a producir el efecto deseado por falta de esas condiciones que la Iglesia ha considerado necesario imponer para la validez<sup>10</sup>.

En nuestro caso, sin embargo, el vicio del consentimiento es más radical pues ataca directamente a ese consentimiento naturalmente suficiente que crea el

<sup>8</sup> Los esposos realizan ese designio al unir sus vidas en recíproca donación personal, ordenada a la unión de entre ambos en mutuo perfeccionamiento para colaborar con Dios en la generación y educación de nuevas vidas. *La regulación de la natalidad*, B.A.C., Madrid 1968.

<sup>9</sup> Serían estas las otras dos categorías de capítulos de nulidad de los que hablábamos al inicio (cf. notas 1 y 29).

<sup>10</sup> Mons. Serrano apunta que esta tricotomía invalidante no es muy antigua y que la tradición equiparaba los vicios con los impedimentos antes de la publicación del Código del 1917 [Cf. J. M. SERRANO, "Interpretazione ed ambito di applicazione del c. 1095 n.3. La novità normativa e la sua collocazione sistemática", en AA. VV. *L'incapacità di assumere gli oneri essenziali del matrimonio*, LEV, Città del Vaticano, 1998, 29 n. 86.

matrimonio<sup>11</sup>. El primer vicio del consentimiento es, para mí, la simulación, es decir, la no conformidad entre la voluntad interna, contraria al matrimonio, con la expresión que de ella se hace en el consentimiento, aparentemente favorable a él. En la simulación el contrayente no quiere el matrimonio, al menos no como lo quiere la Iglesia<sup>12</sup>, y, por tanto, no pone el acto de voluntad, necesario para ese fin, por lo que se puede decir que su consentimiento más que viciado no existe. En los demás vicios: el miedo, el error, el dolo, la voluntad o la inteligencia vienen mermadas y con ellas la eficacia del consentimiento expresado en palabras, dejando de ser ese acto libre y consciente, verdaderamente humano, que para la Iglesia es el pacto conyugal.

Parece claro que si una voluntad positiva contraria, un error o un miedo grave pueden viciar el consentimiento, también lo podrá hacer un defecto en nuestro psiquismo que del mismo modo perturbe esa libertad y la consciencia de la que venimos hablando<sup>13</sup>. Esto es claro en un amente o de aquél que carece del suficiente uso de razón, de forma actual o permanente, en el momento de contraer. También es claro en el que no careciendo en principio de ese uso de razón sí tiene un grave defecto de discreción de juicio que le incapacitan para poner ese acto de voluntad<sup>14</sup>.

Nuestro capítulo de nulidad da una vuelta de tuerca más y sobre la base de lo que ya había dicho Sto. Tomas en referencia al capítulo de impotencia *coeundi*, afirma que la razón por la que en este caso se puede decir que el consentimiento nace viciado

<sup>11</sup> Con razón, por tanto, se afirma que la incapacidad comporta un ineptitud jurídica al matrimonio “más radical y profunda que no la inhabilidad”, la cual, por otro lado, presupone la capacidad natural de poner en acto el pacto conyugal, y se funda solamente sobre una ley positiva, divina o eclesial (inhabilidad de derecho divino o eclesial) que prohíbe el matrimonio, mientras la primera se basa sobre una ley natural: A. STANKIEWICZ, “L’Incapacità di assumere e adempiere gli obblighi coniugali essenziali”, en *L’Incapacità di assumere gli oneri essenziali del matrimonio*, Città del Vaticano 1998, 56 n. 14. Citando a U. NAVARRETE, “Gli impedimenti relativi alla dignità dell’uomo: aetas, raptus, crimen”, en *Gli impedimenti al matrimonio canonico*, LEV, Città del Vaticano, 1989. 72. La traducción es nuestra.

<sup>12</sup> La razón es que el objeto del contrato no depende de la voluntad de los contrayentes como en cualquier otro, sino que este es inherente a la estructura esencial del matrimonio, por lo que la autonomía privada de los contrayentes queda sólo en la elección de la persona de la comparte, porque tal estructura esta fundada por el Creador y se modela con leyes propias (GS 48), con derechos y deberes propios que nacen del derecho divino positivo o natural. Cf. A. STANKIEWICZ, “L’Incapacità di assumere e adempiere gli obblighi coniugali essenziali” en *L’Incapacità di assumere gli oneri essenziali del matrimonio*, LEV, Città del Vaticano 1998, 60.

<sup>13</sup> La capacidad “de intendere e/o di volere” a la que hace referencia el Magisterio: JUAN PABLO II, *Allocutio summi Pontificis Ioannis Pauli PP. II ad praelatos auditores, ministros advocatosque Rotae Romanae coram admisso*, 5 februii 1987, n. 7: La traducción española puede verse en: *La incapacidad psíquica en las causas de nulidad matrimonial. Anotaciones al Discurso de SS. Juan Pablo II (5 de febrero de 1987)*, Salamanca 1987.

<sup>14</sup> Parece pueden faltar la discreción de juicio o la madurez de juicio cuando se verifica alguna de estas tres condiciones o hipótesis: 1) si falta el suficiente conocimiento intelectual acerca del objeto del consentimiento que ha de prestarse al celebrar el matrimonio. 2) Si el contrayente no ha alcanzado aún aquella estimación proporcionada al tema conyugal, esto es, el conocimiento crítico apto para las responsabilidades conyugales. 3) Si finalmente cualquiera de los contrayentes carece de libertad interna, es decir, de aquella capacidad de deliberar con la suficiente estimación de los motivos y con autonomía de la voluntad, libre de cualquier impulso interno. c. Davino (28 de abril 1983), traducida por L. GUTIERREZ MARTÍN, *La incapacidad para contraer matrimonio*, Salamanca 1987, 37. Se note que en el tercer punto se podrían introducir muchos de los vicios de voluntad antes expresados dado que el miedo, el error, la violencia no serían sino causas externas que limitarían la libertad y conciencia internas del individuo.

no es otra que la incapacidad del contrayente de poner en acto el objeto del contrato, la incapacidad de obligarse a lo que le es imposible. Y si eso es así, deberá serlo no sólo en el caso bastante concreto de la impotencia *coeundi* sino siempre que exista un defecto tal, que impida asumir las obligaciones esenciales del matrimonio<sup>15</sup>. Esto en sintonía con el cambio de concepción del que se hace eco el § 2 del c. 1057, que pasa el dar y recibir el *ius in corpus* a la entrega y aceptación mutua, entre los cónyuges. Algún autor defiende que hubiese sido conveniente mantener estos capítulos separados, distinguiendo por un lado los nn. 1º y 2º del c. 1095, en cuanto que hacen referencia al acto psicológico de consentir, de querer el objeto, del n. 3 como la categoría ejecutiva de poder poner en acto tal objeto.

Sin embargo, no debemos pensar que en la primera jurisprudencia, anterior al Código actual, fuera clara la distinción de cada capítulo tal y como se formula hoy. Muchos piensan que los capítulos se solapaban; otros, creen que debían ser plenamente autónomos. Así, mientras las c. Pinto llegan a proponer incluso que para probar la incapacidad se excluyese la discreción: “Que la incapacidad para asumir los deberes esenciales del matrimonio es capítulo autónomo, diverso del genérico de la amencia y del defecto de discreción de juicio se prueba porque solamente se da cuando, de una parte, *consta que el contrayente era capaz de querer obligarse a tales deberes* (lo cual requiere la normalidad del proceso psíquico de deliberación o decisión, con exclusión de cualquier género de amencia incluso contractual), y de otro lado, se ve que era incapaz de cumplir la obligación que asumía (lo que implica la anormalidad psicosexual de la personalidad y la integración esencial en el orden al bien de los esposos)<sup>16</sup>. Sin embargo, otros como Serrano, opinan que la distinción no se hace tan clara: “Si a veces una tramitación de los mismos [capítulos psicológicos] separada o subordinada puede contribuir a esclarecer los hechos, también su excesiva separación puede perjudicar la verdad y la justicia”<sup>17</sup>; y resume esta problemática otro ponente que dice: “una y otra incapacidad a veces se conoce por el nombre de ‘defecto de la debida discreción de juicio’, si bien algunos prefieren reservar esta fórmula al primer género de incapacidad, señalando para el segundo la fórmula ‘incapacidad para asumir y cumplir los deberes conyugales’ ”<sup>18</sup>.

A mi modo de ver, el problema no es tanto la distinción teórica sino la práctica. Algunos consideran que “la distinción ...se hace evidente”<sup>19</sup>; en el caso del homosexual

<sup>15</sup> La jurisprudencia, en el tema de exclusión del *bonum prolis*, había aportado una clarificación definitiva a la distinción entre *ius* y *exercitium iuris*. Por tanto, [...] ha sido expresado por la Jurisprudencia, en este tema de la exclusión del *bonum prolis*, que un *ius* del que es imposible el *exercitium*, no es un *ius*, no puede nacer como *ius* o como obligación. Lo mismo se puede decir en referencia a la ejecución de las obligaciones conyugales: si las obligaciones esenciales del matrimonio no pueden en el momento genético y con referencia a la relación ser actuadas, no existen y por tanto, viene a faltar el consentimiento en el sujeto a que se refiere la imposibilidad de asumir. S. VILLEGIANTE, “Il canone 1095, n. 3 nella giurisprudenza”, en *L'incapacità di assumere gli oneri essenziali del matrimonio*, Città del Vaticano 1998, 38. La traducción es nuestra.

<sup>16</sup> c. Pinto, 18 de junio de 1982, n. 4, traducida por L. GUTIERREZ MARTÍN, *La incapacidad para contraer matrimonio*, UPSA, Salamanca 1987, 20.

<sup>17</sup> *Ephemerides Iuris Canonici* (1979) 275.

<sup>18</sup> c. Egan, 25 de enero de 1979, traducida por L. GUTIERREZ MARTÍN, *op. cit.*, 18.

<sup>19</sup> L. GUTIERREZ MARTÍN, *op. cit.*, 19, n. 11.

que “con el fin de poner remedio a sus secretas tendencias” opta por un matrimonio que supuestamente comprende y quiere, pero que no puede cumplir. Pero cómo decir en este caso que alguien, que opta por un matrimonio “con el fin de poner remedio a sus secretas tendencias”, hizo una decisión libre y consciente. Así una c. Pinto propone unos criterios para distinguir cuándo los capítulos se acumulan y cuándo no: “1º habría concurrencia de capítulos cuando el contrayente, consciente de su incapacidad para asumir los deberes conyugales y obrando fuera de toda lógica, decide celebrar el matrimonio... 2º La incapacidad para asumir los deberes conyugales sólo puede invocarse como capítulo autónomo cuando era ignorada por el contrayente o cuando éste opina que cesó o que puede cesar con el ejercicio de la vida conyugal”<sup>20</sup>.

Como se ve poco a poco la jurisprudencia y la doctrina van asumiendo la necesidad de plantear capítulos psicológicos. Esta jurisprudencia y doctrina llegan, cómo no, a la Rota Romana que, de alguna manera, al asumirlas se propone como paradigma para la recta aplicación del derecho. Emblemática para el c. 1095 será la sentencia c. Anne de 25 de febrero de 1969 comentada por varios autores<sup>21</sup> hasta el punto de llamarla fuente de este número tres del canon. Pero esta sentencia no nace de la nada; evidentemente, hace referencia a otras sentencias anteriores, y, además, como Tribunal de segunda instancia, confirma lo ya actuado por una anterior instancia en diócesis. Con todo, es significativo que en el Código con las fuentes publicado por la Pontificia Comisión de Interpretación de los Textos Legislativos, todas las fuentes presentadas en este canon hagan referencia a las decisiones de la Rota Romana<sup>22</sup>, que en nuestro caso concreto del número tres, empiezan en el 1957 y terminan en el 1979. Es decir en el periodo que se ha dado en llamar “jurisprudencia posconciliar”.

Y es en esta vivencia posconciliar que la sentencia c. Anne<sup>23</sup> antes citada asume ya desde el principio de su argumentación *en derecho* la interpretación del c. 1081 del viejo Código a la luz de la doctrina del Concilio Vaticano II<sup>24</sup>. Así, haciendo una larga citación de GS 48<sup>25</sup>, que retomará alguna otra vez en el curso de la sentencia, concluye que: “Los Padres conciliares con estas palabras declararon la naturaleza del matrimonio, tanto *in fieri* (del que ‘se contrae’) como *in facto esse* (del ‘ya contraído’), tal como ha sido instituido por Dios y dotado de sus propias leyes, y como es según el derecho natural”. Por lo que “se pueden deducir de este canon todos los defectos del consentimiento matrimonial, que

<sup>20</sup> c. Pinto, 20 de abril de 1979, traducida por L. GUTIERREZ MARTÍN, *op. cit.*, 20-21.

<sup>21</sup> J. M. SERRANO RUIZ, *Interpretazione ed ambito di applicazione del can. 1095*, n. 3, en AA. VV. *L'incapacità di assumere gli oneri essenziali del matrimonio*, LEV, Città del Vaticano, 1998, 7-31.

<sup>22</sup> *Codex Iuris Canonici fontium, anotazione et indice analitico-alphabetico auctus*, LEV, Città del Vaticano 1989.

<sup>23</sup> *SRR Dec.* 61 (1969) 174 ss.

<sup>24</sup> *huius canonis interpretationi lumem adhi beatu oportet doctrinae a Concilio Vaticano II traditae*

<sup>25</sup> Fundada por el Creador y en posesión de sus propias leyes, la íntima comunidad conyugal de vida y amor se establece sobre la alianza de los cónyuges, es decir, sobre su consentimiento personal e irrevocable. Así, del acto humano por el cual los esposos se dan y se reciben mutuamente, nace, aun ante la sociedad, una institución confirmada por la ley divina. Este vínculo sagrado, en atención al bien tanto de los esposos y de la prole como de la sociedad, no depende de la decisión humana. Pues es el mismo Dios el autor del matrimonio, al cual ha dotado con bienes y fines varios

pueden hacer nulo ese consentimiento, *ya sea por defecto de las cualidades substanciales del mismo consentimiento, ya sea por carencia de lo que se requiere por parte del mismo objeto o materia del consentimiento*". Es decir, no sólo cuando la depende de que estos elementos se excluyen o se carece de la suficiente discreción de juicio o libre albedrío, sino también cuando "... el contrayente sea inhábil, insanablemente, para entregar y aceptar el objeto del consentimiento mismo. En este caso, no hay una exclusión del objeto, como en el c. 1086, § 2, sino un defecto del objeto, ya que el contrayente es incapaz de entregar aquello por lo que el consentimiento llega a ser nupcial". Esto ya se ha expresado en otra sentencia de 17 de enero de 1967<sup>26</sup> en la que asevera: "Ahora bien, es claro que nadie puede contraer obligaciones que es incapaz de cumplir con sus propias dotes, ni aún con las adquiridas. La Doctrina sostiene que es inválido un contrato de un objeto relativamente imposible, puesto que nadie está obligado a lo imposible". Como se ve, y aparte de algunas sutilezas que se irán perfeccionando con el paso del tiempo<sup>27</sup>, las bases del futuro c. 1095 están ya prefijadas, aunque como tendremos modo de completar y ya hemos visto un poco más arriba el proceso redaccional será algo trabajoso<sup>28</sup>.

Pese a lo visto, y dadas las distintas opiniones doctrinales y jurisprudenciales se comienzan a plantear diversas dificultades para conseguir un acuerdo en la Comisión de redacción del canon. En un primer momento, y en plena armonía con el concepto de la *Regula Iuris*, se planteó un canon en el que se hacía mención única y exclusivamente a la incapacidad para asumir sin especificar causa alguna<sup>29</sup>. En seguida se desestimó esta propuesta, entre otras cosas porque no tenía en cuenta el resultado de la elaboración jurisprudencial que había manifestado siempre como paradigma de esta incapacidad las perturbaciones psicosexuales<sup>30</sup>. De otro lado, un canon tan vago parecía una puerta abierta a la excesiva discrecionalidad. Así la siguiente redacción apuntó a delimitar claramente una grave anomalía psicosexual como causa eficiente de esta incapacidad<sup>31</sup>. Tampoco gustó esta propuesta. En 1975 una gran consulta presentó tres líneas bastantes divergentes: una amplia mayoría prefería una causa psíquica más amplia que la meramente sexual, mientras otros grupos pretendían o bien la total desaparición de la causa o bien la total desaparición del canon. Se admitió la ampliación requerida dejando

<sup>26</sup> c. Lefebvre, n. 10: *SRR Dec.* 59 (1967) 803.

<sup>27</sup> Por ejemplo la necesidad de que la incapacidad sea "incurable".

<sup>28</sup> A este respecto puede verse el artículo de F. R. AZNAR GIL, "Incapacidad psíquica según la jurisprudencia rotal" en *La incapacidad psíquica en las causas de nulidad matrimonial. Anotaciones al Discurso de SS. Juan Pablo II* (5 de febrero de 1987), UPSA, Salamanca 1987, 482-486.

<sup>29</sup> Qui non valent assumere iura aut implere officia matrimonii essentialia, incapaces sunt matrimonii contraendi. *Comm* 7 (1975) 41.

<sup>30</sup> La misma c. Anné antes citada, justo después de haber desarrollado el fundamento teórico, pasa al análisis de una anomalía psicosexual de la esposa que en el caso daba sostén a la petición. De algún modo el hecho de que las primerísimas sentencias se basasen todavía en el *derecho sobre el cuerpo* del antiguo c. 1081 había orientado hacia ese campo la misma jurisprudencia.

<sup>31</sup> Qui anomaliam psychosexualem tam gravem patiuntur ut ipsas obligaciones matrimonii esenciales assumere non valeant. *Comm* 7 (1975) 51.

el canon una grave anomalía psíquica<sup>32</sup>, que se perfilaba como posición definitiva. Sin embargo, en el último momento, se cambió proponiendo una “causa de naturaleza psíquica” como redacción aprobada definitivamente<sup>33</sup>.

A mi modo de ver esta última redacción es mucho más acertada que las anteriores incluso desde un punto de vista jurídico. Hablar de patología, anomalía o trastorno en el texto legal plantea la problemática de asumir una terminología médica, psicológica que puede variar y de hecho varía con cierta facilidad y por motivaciones que al legislador le es difícil controlar<sup>34</sup>. Sin embargo, con el término ‘causa’ lo único que el texto plantea es que esta incapacidad debe tener un porqué, una razón que pueda ser evaluable y en el caso concreto del canon que tenga una cualidad específica, es decir, el ser de naturaleza psíquica, que es lo que se pretendía desde el momento que no se quiso mantener el canon completamente indeterminado. Al cambiar ‘causa’ por ‘anomalía’ se perdió también la palabra ‘grave’. No me parece que el haber perdido ese ‘grave’ haya cambiado mucho la interpretación, dado que si la causa es suficiente para hacer incapaz no parece que pueda ser considerada leve; pero tampoco puede ser considerada como grave una causa psíquica de incapacidad que apenas produzca alguna dificultad<sup>35</sup>. Otra cosa sería si hubiese prosperado una asimilación de esta causa con trastorno, ya que su calificación de grave o leve no estaría referida a su real incidencia en objeto del consentimiento, sino en los parámetros de la ciencia médica que lo estudia. Esto no quiere decir, obviamente, que en la praxis, la jurisprudencia y el Magisterio enseñen que no existe causa de naturaleza psíquica capaz de incapacitar al matrimonio fuera de una grave anomalía<sup>36</sup>.

No quiero terminar esta breve reseña de la génesis sin apuntar otro cambio al que tal vez no se da mucha importancia pero que algún autor apunta. Se cambia el “nequit” no poder, no ser capaz, no estar en estado de. Por el no “valent”, no tener la fuerza.<sup>37</sup>

<sup>32</sup> Sunt incapaces matrimonii contrahendi qui ob gravem anomaliam psychicam obligationes matrimonii essentielles assumere nequeunt. PCR, *Schema Codicis Canonici iuxta animadversiones... recognitum*, LEV, Città del Vaticano 1980, 239.

<sup>33</sup> 1095 Son incapaces de contraer matrimonio: 3. quienes no pueden asumir las obligaciones esenciales del matrimonio por causas de naturaleza psíquica.

<sup>34</sup> C. BURKE, “Relevancia jurídica de las pericias psiquiátricas. Su aplicación en un ejemplo concreto: la homosexualidad”: *Ius Canonicum*, 41 (2001) 105-144.

<sup>35</sup> S. VILLEGIANTE, “Il canone 1095, n. 3 nella giurisprudenza”, en AA. VV. *L'incapacità di assumere gli oneri essenziali del matrimonio*, LEV, Città del Vaticano, 1998, 40. Es interesante de este autor la distinción que hace sobre el grave que ha permanecido en el número sobre la discreción y la necesaria gravedad de la causa incapacitante.

<sup>36</sup> Una vera incapacità è ipotizzabile solo in presenza di una seria forma di anomalia che, comunque si voglia definire, deve intaccare sostanzialmente le capacità di intendere e/o di volere del contraente. JUAN PABLO “II, Allocutio... ad praelatos auditores, ministros advocatosque Rotae Romanae coram admissos (5-2-1987)”: AAS 78 (1986) 924, n 5.

<sup>37</sup> S. VILLEGIANTE, *Il canone 1095, n. 3 nella giurisprudenza*, en: AA. VV. *L'incapacità di assumere gli oneri essenziali del matrimonio*, LEV, Città del Vaticano, 1998, 39: En tanto el código dice “sibi assumere non valent”: es decir, no dice: “nequeunt”, y esto ayuda a traducir: “no tienen la fuerza de asumir sobre sí, sobre las propias espaldas, las obligaciones matrimoniales”, y por tanto no se trata de una asunción puramente abstracta sino de asumir para cumplir los obligaciones matrimoniales, para traducir y realizar en la practica la relación conyugal como “comunidad de vida y amor”: por tanto, se trata de imposibilidad pero moral y objetiva.

### 3. Lectura del texto

Hechas estas pequeñas consideraciones sobre la génesis de canon, podemos pasar a un estudio más sistemático de su propuesta definitiva. En primer lugar hay que decir, aunque tal vez sea innecesario, que nos encontramos con un canon con “capello”, es decir, que el canon se abre con una afirmación que será verdad en una serie de casos que se enumeran. Así podemos leer nuestro c. 1095 n. 3. de la siguiente forma: *Son incapaces de contraer matrimonio quienes: 3) no pueden asumir las obligaciones esenciales del matrimonio por causas de naturaleza psíquica.*

- *Son incapaces*

Comenzaremos nuestra lectura del canon por dos locuciones que se ponen en paralelo. “Son incapaces” los que “no pueden”. Claramente se está hablando de dos incapacidades distintas, la primera sería la que directamente ataca el consentimiento, y sería la misma para los tres apartados de canon: falta de uso de razón, grave defecto de discreción e incapacidad para asumir. Tal incapacidad como hemos visto en la primera parte, estriba en la constatación de que el matrimonio lo produce el consentimiento y que en las tres circunstancias enunciadas este consentimiento nace viciado, o mejor dicho, no nace. No es una disposición de una ley positiva, que en el caso simplemente regularía su ejercicio<sup>38</sup>. No se prohíbe el matrimonio a una clase determinada de personas, como cabría plantear en el caso de un impedimento, sino que se constata su incapacidad de realizar un acto de voluntad capaz de crear un vínculo jurídico como es el matrimonio. La razón de la nulidad no está en la limitación positiva del “*ius connubii*”, al contrario, la doctrina si tiene alguna crítica a este canon es considerar que en algunos casos ese *ius* natural por excelencia puede verse mermado<sup>39</sup>.

- *de contraer*

En este sentido, la peculiaridad sin duda del pacto conyugal, aparte de que el objeto del mismo sean las propias personas, es que sus ‘cláusulas’ no vienen estipuladas por las partes sino que pertenecen a la esencia misma del matrimonio; es decir, vienen impuestas por voluntad divina, esto hace que la negación de las mismas, en cuanto ataca

<sup>38</sup> La incapacidad del contrayente mira a la falta de condiciones que en éste requiere la naturaleza misma de las cosas. Y por ser así, la norma positiva –si es que existe– no es más que la formulación de esas exigencias naturales. L. GUTIERREZ MARTÍN, *La incapacidad para contraer matrimonio*, UPSA, Salamanca 1987, 16.

<sup>39</sup> El juez debe interpretar la norma de ley, pero no puede modificarla o ir más allá, sobre todo si son normas que concretizan y delimitan un derecho fundamental de la persona y del fiel, cual es el *ius connubii*. H. FRANCESCHI, *L'Incapacità relativa. Status quaestionis e prospettiva antropologico-giuridica*, en AA. VV. *L'incapacità di assumere gli oneri essenziali del matrimonio*, LEV, Città del Vaticano 1998, 103. La traducción es nuestra. Esta frase que ponemos como síntesis de las muchas que alegan casi todos los autores que tratan el argumento, no debe hacernos perder la perspectiva que la evolución primero jurisprudencial y después normativa del argumento que estamos tratando.

a la esencia del acto viciado de nulidad el acto mismo, como en el caso de la simulación<sup>40</sup>. Se ha discutido mucho sobre el valor contractual del matrimonio<sup>41</sup>, pero parece claro que aunque se hayan preferido términos de más riqueza teológica y bíblica, como pacto, alianza, siguiendo el dictado de Concilio. Efectivamente, ello no niega que ambas partes consenten, se entregan y aceptan como principio indispensable del matrimonio<sup>42</sup>. Así lo dice el mismo canon cuando afirma que “ninguna humana potestad puede suplir”.

• *matrimonio*

Desde este punto de vista contractual parece claro que al concepto de matrimonio al que se hace referencia cuando se dice “incapacidad para el matrimonio”, es el matrimonio *in fieri*, es decir, el matrimonio considerado como momento en el que los esposos se entregan y aceptan en pacto irrevocable. Esto es claro tanto en el caso de falta de suficiente uso de razón, como en el de grave discreción de juicio, pues el vicio ataca directamente el acto de voluntad que quiere el c. 1057 como elemento constitutivo del consentimiento. Sin embargo, parece que al atacar la incapacidad para asumir el matrimonio, sólo indirectamente ataca el consentimiento y tiene más relevancia en él la efectiva posibilidad de cumplir con ese matrimonio; es decir, el concepto de matrimonio *in facto esse*. Pero debemos recalcar que según lo expuesto, uno no es incapaz del matrimonio porque sea incapaz de cumplir con él, mucho menos porque no lo haya hecho, sino porque no siendo capaz, en el momento de contraer, no era capaz de obligarse. Así, la incapacidad de la que se habla aquí en la primera parte del canon está referida a las tres causales que se enumeran es incapacidad referida al matrimonio *in fieri*. Pero mientras en los dos primeros números, el defecto ataca directamente el acto de contraer, en el tercero lo hace mediatamente en el sentido ya expresado de que si uno no puede asumir las obligaciones es incapaz de contraerlas.

• *quienes: no pueden*

La segunda incapacidad, expresada en el número tres del canon, con las palabras “quienes: no pueden asumir” se propone sólo como causa indirecta del vicio de consentimiento, como ya hemos tenido forma de presentar. Esta incapacidad es la que afecta a aquellos que en principio pueden dar un consentimiento de suyo naturalmente suficiente –en cuanto que libre y consciente– pero siéndoles imposible su puesta en acto, tal consentimiento carece de fuerza obligante. Nadie puede obligarse a lo imposible. La rotundidad de esta afirmación y el profundo sentido jurídico en el que se basa tiene

<sup>40</sup> Es todavía justa la observación de la sentencia sobre la diferencia entre incapacidad y exclusión [...]. La diferencia se encuentra más bien en el hecho que en la exclusión el objeto no se pone; en la incapacidad no existe: pero en ambos casos el objeto del consentimiento está ausente. La realidad no cambia. J. M. SERRANO RUIZ, *Interpretazione ed ambito di applicazione del can. 1095, n. 3*, en *L'incapacità di assumere gli oneri essenziali del matrimonio*, LEV, Città del Vaticano 1998, 18.

<sup>41</sup> A. STANKIEWICZ, *L'incapacità di assumere e adempiere gli obblighi coniugali essenziali*. En: AA. VV. *L'incapacità di assumere gli oneri essenziali del matrimonio*, LEV, Città del Vaticano 1998, 58-59.

<sup>42</sup> Ni siquiera Mons. Serrano puede negar la necesidad de admitir “estos principios que hemos llamado, puede que con cierta ligereza, contractuales” para dar fundamento a nuestro capítulo de nulidad

ciertas consecuencias. La imposibilidad no puede ser meramente moral y subjetiva, es decir, no puede asimilarse a una gran dificultad, o a una dificultad desproporcionada para la obligación<sup>43</sup>.

Para los moralistas una dificultad que sobrepasara la importancia de un acto hacía este moralmente imposible, aunque evidentemente no lo fuera efectivamente. Uno no tiene obligación de escuchar Misa dominical, no sólo cuando es físicamente imposible ante la ausencia absoluta de sacerdotes, sino cuando el esfuerzo (el coste del viaje, o las dificultades, pedir permiso en el trabajo con riesgo de perderlo...) supere unos límites proporcionados a la importancia de la obligación. Sin embargo, este razonamiento no vale en el caso de la incapacidad para asumir, primero porque es una obligación natural, no positiva; segundo, porque el razonamiento filosófico y jurídico que está a la base, tiene su fuerza precisamente en esa imposibilidad intrínseca de obligarse y carecería de esa fuerza en el caso de que tal incapacidad no existiera en acto, pues se perdería el nexo causal entre la imposibilidad de obligarse y la incapacidad de contraer. Una persona que no quiera obligarse por encima de unos costes que considera, *a priori*, desproporcionados, hará un matrimonio simulado o condicionado pero no un matrimonio viciado de incapacidad.

Queda claro, entonces, que una mera dificultad, por grande que sea, para nada ataca la esencia del matrimonio, siendo evidente para el c. 1153 que el mero hecho de que la convivencia se haga “demasiado dura”, puede ser razón válida para la separación, que es la dispensa de una obligación concreta, pero no para la ruptura del vínculo, que existiendo perdura. Distinta es la interpretación que el abogado rotal Sebastiano Villeggiante, da al término imposibilidad moral y subjetiva, más en la línea de incluir en la fórmula de dudas el binomio asumir/cumplir; es decir, que en el bien entendido que un derecho del que excluye el ejercicio no es un derecho, el asumir no debe ser abstracto sino en relación con el cumplimiento concreto. En este sentido admitir como relativa esa incapacidad no significa en modo alguno asimilarla a una grave dificultad.

Estando ciertos de la distinción entre incapacidad y grave dificultad, podemos plantear uno de los elementos que genera fricción en la doctrina y la jurisprudencia: la incapacidad relativa. En mi opinión, en primer lugar, el juicio sobre una incapacidad, se debe plantear y evaluar siempre en referencia a un matrimonio concreto, lo que conlleva que la imposibilidad de asumir las obligaciones, puede ser sólo evidenciada en relación con una persona determinada y no en abstracto. En este sentido nuestras sentencias serán siempre si consta la nulidad en el caso y, por tanto, siempre relativas. Sin embargo, una parte de la jurisprudencia contesta el uso de esta terminología. Así, es paradigmático el rechazo de la Rota Romana al uso del término “incapacidad relativa”<sup>44</sup>,

<sup>43</sup> A. STANKIEWICZ, *L'Incapacità di assumere e adempiere gli obblighi coniugali essenziali*, en: AA. VV. *L'incapacità di assumere gli oneri essenziali del matrimonio*, LEV, Città del Vaticano 1998, 64.

<sup>44</sup> Contestación que por otro lado no es absoluta: “Nada parece obstar a que sea la incapacidad relativa y no sólo la absoluta, la que impida de igual manera que se otorgue perpetuamente el ius a la otra parte. No hay razón por la que hayamos de apartarnos del c. 1068 § 1\* –del Codex abrogado que trataba de la impotencia– puesto que también aquí se trata de una incapacidad para entregar el objeto formal esencial del consentimiento”. c. Pinto (27 de mayo de 1983). Traducida por L. GUTIERREZ MARTÍN, *La incapacidad para contraer matrimonio*, UPSA, Salamanca 1987, 81.

a mi modo de ver porque ésta se confunde con una grave dificultad o con la ausencia de graves anomalías a la base de esa incapacidad<sup>45</sup>. Eso me ha parecido fuera de toda lógica y me venían siempre a la mente ejemplos con las fobias: Se puede decir que una persona con claustrofobia puede trabajar en un ascensor sólo porque fuera de él no tiene ningún problema. Se puede decir que alguien con vértigo no padece una grave anomalía, que puede costarle la vida en determinadas situaciones, simplemente porque fuera de ellas no padece ningún tipo de síntoma. Yo creo que son ejemplos claros de que la posible relatividad de la causa de una incapacidad no tiene porque ir en contradicción ni con la gravedad de la anomalía que la produce, ni con su calificación de psíquica, ni con el efectivo nexo causa-efecto entre este trastorno y la imposibilidad de asumir el matrimonio<sup>46</sup>.

Otro problema que se plantea en el afrontar la llamada incapacidad relativa, es en asimilarla con la incompatibilidad de caracteres, siendo éste un término frecuente en las legislaciones civiles en orden a dictaminar el divorcio. Es comprensible que a la jurisprudencia le repela asumir este concepto, por el motivo antes expresado, pero hagamos algunas consideraciones. En las pericias de malos tratos suele ser frecuente, al menos esa es mi experiencia personal, que la evaluación del maltratado de más datos sobre la verdadera existencia de éste que el mismo maltratador. Es decir, que existan unos parámetros de sumisión, falta de autoestima, experiencias familiares previas, etc. en la persona maltratada, que den más certeza al perito que incluso, lo apreciado en el partner. Si se pregunta al profesional si esta persona maltratadora, hipotéticamente casada con alguien con una personalidad más formada y autónoma va repetir necesariamente estos comportamientos, la respuesta de los profesionales suele ser que no. Esto siempre teniendo en cuenta que, efectivamente, existen déficits psíquicos evidentes que explicaban esta agresividad y esa violencia, y que son puestos como causa de incapacidad. Si se me permite el ejemplo literario, es clara la diferencia de actitud y de afrontamiento que existe en el protagonista masculino del *Color Púrpura* frente a las dos protagonistas femeninas (una, al principio débil y sumisa, y la otra rebelde y carismática) y ello en base a un mismo defecto. El personaje, lleno de complejos y víctima, también él, de maltrato por parte del padre, canaliza su frustración con una inusitada violencia y crueldad hacia su mujer legítima, mientras adopta una actitud incomprensiblemente servil y acomodaticia frente a su primer amor y amante esporádica. Del mismo modo responden los profesionales cuando se les pregunta por un vaginismo: “el vaginismo se da ante la relación concreta, puede no darse con tantas relaciones y sí en ésta, puede no verse en la exploración facultativa y sí en la relación íntima”. Sí desde ese punto de vista, un profesional no puede dar certeza de que hipotéticamente en otra relación la persona no tendrá ese problema ¿quiere decirse que en ésta no hay certeza de que exista, aun cuando es claro que de forma alguna no lo han conseguido, poniendo de su parte todo lo que han podido? En todos estos casos existe una grave

<sup>45</sup> G. CANALE, *L'incapacità ex can.* 1095, 3º: *Necessaria assolutezza o possibile relatività alla persona dell'altro coniuge?* en AA. VV. *L'incapacità di assumere gli oneri essenziali del matrimonio*, LEV, Città del Vaticano 1998, 78.

<sup>46</sup> M. CANONICO, *L'incapacità naturale al matrimonio nel diritto civile e nel diritto canonico*, E.S.I., Napoli 1994, 106.

anomalía, en uno o en ambos cónyuges, anomalía que efectivamente les incapacita para asumir, sin que ello obste que en otras circunstancias o con otras personas tal anomalía necesariamente vaya a producir el mismo efecto y, por tanto, que la incapacidad que se constata en el matrimonio concreto, que como se viene diciendo es el objeto del juicio, no necesariamente se puede probar *erga omnes*.

Estas certezas que he encontrado, vienen ratificadas por las exposiciones de varios peritos que trabajan en la Rota Romana y que afirman “no parece científicamente correcto atenerse en una pericia sólo a la patología individual”, mientras el ponente rebate en la misma sentencia: “es absolutamente prevalente, más aún la común jurisprudencia en nuestro Foro, no es favorable a la amplia categoría de incapacidad relativa”<sup>47</sup>. Según esto, no faltarían las sentencias rotales que, aun admitiendo la nulidad por incapacidad de uno de los esposos, afirmarían en el cuerpo de la misma, a instancia de los resultados del perito, que las dificultades del mismo se agravaron con las del otro. Y hablando expresamente de incompatibilidad de caracteres, distinguan entre la incompatibilidad de caracteres normales y las mezclas ‘explosivas’ de ciertos tipos de personalidades. E incluso no falten pericias rotales que afirmen no poder constatar una grave perturbación en uno de los esposos considerado individualmente pero sí una incapacidad entre ambas personas<sup>48</sup>.

Un problema que este tipo de visión plantea a la doctrina contraria, es constatar la prenupcialidad de la incapacidad, visto que de algún modo y como individuos, ambos contrayentes eran capaces del matrimonio y sólo *a posteriori* emerge la prueba de su incapacidad<sup>49</sup>. También a esto responden las pericias afirmando con contundencia que las causas psíquicas que se proponen están presentes al menos en germen antes del

<sup>47</sup> C. Funghini, 23 de junio de 1993. cit. por G. CANALE, *L'incapacità ex can. 1095, 3º: Necessaria assolutezza o possibile relatività alla persona dell'altro coniuge?* en AA. VV. *L'incapacità di assumere gli oneri essenziali del matrimonio*, LEV, Città del Vaticano 1998, 78.

<sup>48</sup> Contra esto se presentan en sentencias rotales criterios que a su juicio rebaten la posibilidad de la incapacidad relativa: “a) cada parte, independientemente de la otra, debe ser incapaz al momento de la celebración del matrimonio; b) La incapacidad no es la adición de leves patologías de cada contrayente; c) La incapacidad debe hacer referencia a las obligaciones esenciales del matrimonio, antes que a la persona del otro contrayente; d) Debe tener su origen en una causa de naturaleza psíquica”. c. Funghini (23 de junio de 1993) citada por H. FRANCESCHI, *L'Incapacità relativa. Status quaestionis e prospettiva antropologico-giuridica*, en AA. VV. *L'incapacità di assumere gli oneri essenziali del matrimonio*, LEV, Città del Vaticano 1998, 111.

<sup>49</sup> La incapacidad relativa de la que hablan algunos innovadores se utiliza de modo equívoco. Pues si dicha incapacidad afecta a la persona del contrayente, entonces o es física o es psíquica. Si es física, estamos ante un caso de impotencia. Y si es psíquica o moral (aquí tenemos otra acepción del término ‘moral’ en la jurisprudencia n. A.), se trata de falta de discreción de juicio... Si se pone en el mismo consentimiento, no es otra cosa que falta de prudencia en la elección del cónyuge. Y si la incapacidad relativa no se entiende de ese modo, el juicio sobre la misma estaría siempre pendiente de la experiencia de la vida conyugal y cualquier matrimonio se contraería siempre quedando en suspenso su validez hasta que se confirmase la convivencia conyugal; lo cual llevaría al absurdo en términos jurídicos, a lo ilícito en lo moral y sería totalmente contrario incluso a la noción de matrimonio que surge en el mismo momento del consentimiento. c. Di Felice (12 de noviembre 1977) Traducida por L. GUTIERREZ MARTÍN, *La incapacidad para contraer matrimonio* (Salamanca 1987) 80. Y también en la doctrina: “La validez o no del matrimonio estaría en suspenso, desapareciendo la clarísima y esencial distinción entre matrimonio *in fieri* y matrimonio *in facto esse*, una de las más importantes conquistas de la canonística desde los primeros siglos”. P. LOMBARDÍA, *El matrimonio en España, cara al futuro*, en: *Instituciones canónicas y reordenación jurídica*, UPSA, Salamanca 1979, 59-79.

matrimonio: “La vida conyugal es tal de hacer resaltar la patología individual”, por tanto, “es un error de prospectiva” considerar sólo uno de los dos sujetos, cuya patología “considerada *a se stante*” podría resultar “priva de relevancia jurídica”. Desde el momento que “ser en común”, *proprium* de matrimonio cuyas obligaciones se debe ser capaces de cumplir para poder decir que son capaces de asumir, “significa ser en dos”, y “la pareja no es la simple suma de las dos entidades que la componen, sino es a su vez una entidad... con su específica dinámica”. Por lo que “la patología, tal vez modesta, de uno de los dos contrayentes puede manifestar su propia virulencia en relación a las insuficiencias... del otro” y de la pareja “que tiene sus propias normas de comportamiento”. Por tanto en ciertas situaciones “se puede configurar no ya dificultad, sino la imposibilidad de la convivencia, cuando a la leve patología de uno de los dos cónyuges viene agigantada e irremediable por la insuficiencia personal del otro, por el mal acoplamiento de la pareja y por el consecuente perverso funcionamiento del sistema”<sup>50</sup>.

• *asumir*

Asumir viene definido por algún autor<sup>51</sup> cómo “hacerse titular y responsable personal de ciertas obligaciones”. En este sentido, un afamado abogado de la Rota Romana afirmaba: “en el término ‘asumir’, con referencia al consentimiento, se presupone y está implícita la capacidad de cumplir, si no el acto de voluntad con el cual el sujeto declara de querer asumir las obligaciones, resultaría un querer vacío que en el campo del matrimonio canónico no podría tener ninguna eficacia jurídica. Por la íntima e inseparable conexión existente entre causa y efecto, la incapacidad natural para asumir/cumplir (causa) opera en las nupcias como causa de defecto de consentimiento (efecto)”<sup>52</sup>. Así, Mons. Serrano dice también: “Pero más allá de la letra del precepto legal, si los conceptos y las palabras le leen en clave de incapacidad e intención, no hay duda que una verdadera asunción –termino único expresado en la ley del c. 1095, n.3– implica una posibilidad y una voluntad de cumplimiento real, según la exposición hecha antes”<sup>53</sup>.

<sup>50</sup> G. CANALE, *L'incapacità ex can. 1095, 3º: Necessaria assolutezza o possibile relatività alla persona dell'altro coniuge?* en AA. VV. *L'incapacità di assumere gli oneri essenziali del matrimonio*, LEV, Città del Vaticano 1998, 82. Citando a G. ZUANAZZI, *Il dialogo tra canonisti e periti*, AAVV., *Perizie e periti nel processo matrimoniale canónico*, Torino 1993, 54-5.

<sup>51</sup> L. GUTIERREZ MARTÍN, *La incapacidad para contraer matrimonio*, UPSA, Salamanca 1987, 67.

<sup>52</sup> S. VILLEGIANTE, *Il canone 1095, n. 3 nella giurisprudencia*, en AA. VV. *L'incapacità di assumere gli oneri essenziali del matrimonio*, LEV, Città del Vaticano 1998, 43. La traducción es nuestra.

<sup>53</sup> Mons. Serrano hipotiza que no es absurdo decir que “una capacidad de asunción –consciente, lucida, en acto– que de por sí no comportarse una capacidad de cumplir en la dinámica postconsensual, como sucede en tantos casos de sobrevenida circunstancia capaz de invalidar el acto consensual, si prematrimonial, porque en cada caso presente *in radice* en las causas psíquicas que configuran la persona/s de los esposos al momento del matrimonio”. J. M. SERRANO RUIZ, *Interpretazione ed ambito di applicazione del can. 1095, n. 3*, en AA. VV. *L'incapacità di assumere gli oneri essenziali del matrimonio*, LEV, Città del Vaticano 1998, 19. Aunque hay que decir que esta hipótesis la plantea en el contexto de una nueva impostación de toda la materia y haciendo referencia a la conexión con el n. 2 del mismo canon, es decir, en el ser capaz de prometer lo que por una causa en germen seremos incapaces de cumplir.

- *las obligaciones esenciales del matrimonio*

Mons. Serrano advierte en sus escritos escasez de trabajos dedicados a la este argumento, citando apenas los trabajos del hoy cardenal U. NAVARRETE<sup>54</sup>. Sin embargo, no juzga esta circunstancia como un “vacío que lamentar” sino más bien “un hecho significativo y que sugiere otras consideraciones dignas de nota”<sup>55</sup>. Las obligaciones esenciales del matrimonio, además de aquellas derivadas de los tres “*bona*” agustinianos tradicionales<sup>56</sup>, comprenden también el *bonum coniugum*. En este punto la jurisprudencia no puede negar que la madurez que se pide no puede ser puesta como adquirida ya, sino siendo un proceso debe asumir grados que consientan un ulterior perfeccionamiento, pero al mismo tiempo se dice también, que a ningún fin se llega sin poner los medios y por tanto, que ese bien de los cónyuges, necesita del *mutum adiutorium* y del *remedium concupiscentiae*.

- *por causas de naturaleza psíquica*

No quiero aquí alargarme en hacer un elenco más o menos exhaustivo de las anomalías psíquicas que se han ido concretando en la jurisprudencia como susceptibles de producir incapacidad<sup>57</sup>. Sí quiero proponer una interpretación que me parece original y para mí muy clarificadora. Normalmente se ha querido etiquetar la incapacidad para asumir, con una serie de títulos que de alguna manera agruparan las posibles causales. Así se ha hablado de incapacidad antecedente-subsiguiente, absoluta-relativa, perpetua-transitoria, insanable-sanable, total-parcial, grave-leve. En estas reflexiones la doctrina, la jurisprudencia e incluso el Magisterio se ha empleado a fondo. Hay un error al clasificar la incapacidad con estos títulos, error que se hace evidente en las reflexiones de algunos autores<sup>58</sup>, cuando ellos mismos apuntan que la incapacidad será tal si sus causas caen dentro de estos calificativos.

Hemos hablado de dos incapacidades, la que directamente vicia el consentimiento en cuanto éste no se pone, incapacidad para contraer, y la que imposibilita al cónyuge a asumir las obligaciones esenciales, incapacidad para asumir. Por un lado, es claro que de

<sup>54</sup> Periodica de re morali, canonica, liturgica desde n. 56 (167) pp. 359-83 e ss..

<sup>55</sup> Se note que el autor habla de forma genérica de derecho y deberes tal y como se expresa el n. 2 y no de obligaciones como dicta el n. 3.

<sup>56</sup> El *bonum proles* comprende el fin primordial del instituto del matrimonio y del amor conyugal, es decir la generación y educación de la prole; el *bonum fidei* se identifica con la íntima unión de las personas y de las actividades, por tanto con la comunidad de toda la vida, en la cual los cónyuges se prestan mutua ayuda y servicio, en modo de experimentar en la fidelidad el sentido de su unidad y de alcanzarla más plenamente cada día; el *bonum sacramenti* comprende la indisoluble unidad del matrimonio y la gracia del sacramento. [Cf. Gianfranco GHIRLANDA, *Il diritto nella Chiesa misterio di comunione*, San Paolo, Milano 1990, 335.

<sup>57</sup> Baste al menos la cita del artículo de P. BIANQUI, Le «causae naturae psychicae» dell'incapacità. En AA. VV. *L'incapacità di assumere gli oneri essenziali del matrimonio*, LEV, Città del Vaticano 1998, 149-151. En el que se presenta un pequeño elenco de sentencias romanas sobre cada uno de los supuestos psicológicos que se enumeran.

<sup>58</sup> “si la causa que produce la imposibilidad nunca desaparece”: L. GUTIÉRREZ MARTÍN, *La incapacidad para contraer*, UPSA, Salamanca 1987, 70.

ninguna forma podremos calificar de subsiguiente, relativa, transitoria, sanable, parcial o leve la incapacidad que vicia el consentimiento para el matrimonio, la incapacidad de contraer de la que se habla en la primera parte del canon. La otra incapacidad, la de asumir, es su causa eficiente, contrastada una la otra viene consecucionalmente. Esto se puede entender si pensamos en el primer número del canon: si se carece del suficiente uso de razón no se puede poner el consentimiento; si no se carece sí, se podrá hacer. Toda la discusión se deberá poner en si el uso de razón fue suficiente o no, clarificado esto estará clara la incapacidad o no incapacidad para contraer. De poco podrá valer que se pruebe que este uso de razón se perdió justo antes, o se recuperó justo después una vez que es evidente que en el momento no existía.

Hablando más directamente de la capacidad para asumir, no debemos olvidar que esta está directamente unida por nexo causal a la anterior. Por otro lado, la siempre evidente relación con el capítulo de impotencia *coeundi* parece estar a favor de clasificar la incapacidad. No olvidemos que esta impotencia para ser causa de nulidad debe ser cierta, antecedente y perpetua, pudiendo ser relativa o absoluta. Sin embargo, aunque desde un punto de vista doctrinal ambos capítulos se enganchen a la incapacidad de prestar el objeto del consentimiento, el legislador ha preferido, tal vez por razones históricas, dejar la impotencia dentro de los impedimentos y así, al ser una prohibición a la persona, una limitación del *ius connubii*, la ley positiva que regula el derecho natural, presenta las cualidades de esa incapacidad según el desarrollo que éstas han tendido en la jurisprudencia en cuanto ley inhabilitante. A ello debemos atribuir la alusión a que sea cierta, afirmando de esta manera que ante la duda no se puede negar el derecho al matrimonio. En el caso de la incapacidad para asumir, y siguiendo el nexo causal con la incapacidad de consentir, ésta se propone como vicio de consentimiento. Por tanto, si existe el vicio, que se constata en la prueba, no existe el matrimonio. La ley positiva en el regular el derecho natural hace hincapié en las causas, de ahí que toda la discusión en la génesis del canon se pusiera en la conveniencia de apostillar o no esta incapacidad haciendo referencia a su causa y en la calificación de ésta. De este modo, la discusión sobre los adjetivos grave o leve, tiene sentido si se habla de trastornos o anomalías, pues éstas son susceptibles de serlo, no tiene sentido aplicarlos a una incapacidad, sobre todo del tipo natural, que existirá o no, simplemente. Uno puede estar gravemente o levemente enfermo, pero no puede estar gravemente o levemente muerto. Muerto, se está o no se está, pero no hay grados en la muerte (otra cosa será cómo probamos esa muerte o que entendemos por vida). No parece que tenga sentido referir los atributos de grave o leve a las causas de esa incapacidad pues si un trastorno más leve que otro es capaz de producir una incapacidad es causa; mientras si un trastorno más grave no lo es, no será causa (un cáncer podría no impedir la copula y, sin embargo, una dermatitis de contacto sí, ¿cuál es la enfermedad grave? ¿Cuál es la causa del impedimento?). Siguiendo con el ejemplo anterior, de poco vale decir que una enfermedad es, en teoría leve, si en el caso produjo la muerte; o del mismo modo que era muy grave si la persona sobrevivió sin secuelas. Del mismo modo se debe considerar el concepto de permanente-transitoria, pues siendo un vicio del consentimiento, evidentemente la incapacidad debe estar en acto en el momento del mismo. Si eso es así, éste es nulo, independientemente que las razones que no lo hicieron posible se subsanen. Los romanos decían que nadie podía

vender una basílica que no es suya; y eso es así, aunque después de firmar el contrato de venta el vendedor la adquiriese.

Aunque ahora nos pueda resultar extraño hubo una fuerte corriente tanto en la doctrina como en la jurisprudencia que no aceptaba para nada una incapacidad que no fuese insanable, es decir, permanente, como se pretende del impedimento de impotencia *coeundi* (pero en este debemos siempre tener en cuenta que en la historia redaccional del canon esté no ha perdido la consideración de impedimento que, como ley positiva que limita el derecho natural al matrimonio, tiene siempre una interpretación estricta). Esta dificultad sin embargo actualmente está salvada.

Durante todos estos años he intentado poniéndome al frente de tantas de estas problemáticas, no en abstracto sino con rostros concretos, la difícil tarea de evidenciar el nexo causal entre el defecto psíquico y la nulidad del matrimonio. Nexo que en los casos de incapacidad además debe hacer inmediata referencia al fracaso de la convivencia, pues aunque no es necesariamente consecucional, no es impropio que la causa de nulidad, sea causa del fracaso, sobre todo cuando esa causa se hipotiza como incompatible con la asunción de las obligaciones. En la solidez de ese estudio en la fundamentación argumental, estará el sólido cimiento que dará coherencia y fuerza a la prueba y finalmente a la resolución de la causa.