

*NATURALEZA JURÍDICA DE LA
INCAPACIDAD PARA ASUMIR
LAS OBLIGACIONES ESENCIALES
DEL MATRIMONIO Y "IUS CONNUBII"*

Eloy Tejero

SUMARIO: I. DIVERSOS MODOS DE VER LA INCIDENCIA DE LA PATOLOGÍA NO AMENCIAL EN LA NULIDAD DEL MATRIMONIO. II. DISCREPANCIAS SOBRE EL SIGNIFICADO DE LA INCAPACIDAD PARA ASUMIR LAS OBLIGACIONES ESENCIALES DEL MATRIMONIO. 1. Infravaloración de la incapacidad de asumir por una sobrevaloración de la incapacidad de cumplir las obligaciones. 2. El valor propio de la incapacidad de asumir. 3. Incapacidad de asumir las obligaciones esenciales y falta de discreción de juicio. III. LA SUPUESTA FUNDAMENTACIÓN DE LA INCAPACIDAD PARA CUMPLIR LAS OBLIGACIONES ESENCIALES DEL MATRIMONIO EN EL DERECHO NATURAL. 1. Discrepancias en las valoraciones de carácter general. 2. El alcance de la regla "impossibilium nulla obligatio". IV. DISCREPANCIAS SOBRE LA PIEZA DEL SISTEMA CANÓNICO EN QUE SE SITÚA LA INCAPACIDAD PARA ASUMIR LOS DEBERES ESENCIALES DEL MATRIMONIO. 1. La incapacidad de asumir como incapacidad psicológica para consentir en matrimonio. 2. La incapacidad de asumir/cumplir como impedimento. 3. La incapacidad de asumir/cumplir como defecto del objeto del contrato o del consentimiento. 4. La incapacidad de cumplir y la supuesta inconsumación del matrimonio. V. INCAPACIDAD DE ASUMIR Y "IUS CONNUBII".

A pesar de los pocos años transcurridos desde la promulgación del Código hoy vigente, la aplicación del c. 1095 a la vida de la Iglesia no puede decirse que haya reportado unos resultados positivos y universalmente reconocidos. Más bien asistimos a un notable desconcierto de los fieles, ante la multiplicación de las declaraciones de nulidad por una debilidad psíquica, que el mismo Romano Pontífice ha calificado muy negativamente, lamentando el "escándalo de ver en la práctica destruido el valor del matrimonio cristiano, por la multiplicación exagerada y casi automática de las declaraciones de nulidad, en caso de fracaso matrimonial, bajo el pretexto de una inmadurez cualquiera o una debilidad psíquica de los contrayentes (...). Han de rechazar los Tribunales eclesiásticos el peligro de transformarse en una vía fácil para la solución de los matrimonios fracasados y de las situaciones irregulares entre los esposos"¹. Ante un diagnóstico tan sincero y tan comprometedor, se comprende que un colaborador tan cercano del Romano Pontífice, como el Secretario de la Signatura Apostólica, haya lamentado también la incidencia negativa que el c. 1095 ha tenido en el tratamiento desacertado de muchas causas matrimoniales resueltas por los tribunales inferiores de diferentes circunscripciones eclesiásticas: "En efecto, en algunas Iglesias locales un número verdaderamente impresionante de matrimonios viene siendo declarado nulo recurriendo precisamente a la incapacidad psíquica, mientras otros capítulos de nulidad del

¹. JUAN PABLO II, *Discurso a la Rota Romana*, 5. II. 1987, n. 9. Cfr. A. POLAINO LORENTE, *Comentarios de un psiquiatra al discurso del Papa al Tribunal de la Rota Romana* (5. II. 1987) en "Ius canonicum", vol. 27, n. 54, pp. 599 ss.; G. VERSALDI, *Momentum et consecraria allocutionis Ioannis Pauli II ad auditores Romanae Rotae die 5. II. 1987*, en "Periodica" 77 (1988) pp. 116 ss.; V. J. SUBIRÁ GARCÍA, *Orientaciones de magisterio pontificio sobre la aplicación de la psicología en las causas de nulidad matrimonial*, en AA. VV., *Curso de derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro*, IX, Salamanca 1990 pp. 157 ss.; J. T. MARTÍN DE AGAR, *Magisterio de Juan Pablo II sobre la incapacidad consensual*, en AA. VV., *Incapacidad consensual para las obligaciones matrimoniales*, Pamplona 1991, pp. 90 ss.

matrimonio constituyen un porcentaje absolutamente irrelevante². Pero no puede pensarse que solamente los tribunales inferiores deban reflexionar a fondo sobre la actividad que vienen desarrollando en la aplicación del c. 1095. Tampoco puede ser ajena al estado de cosas que lamenta el Papa la actividad que la Rota Romana ha venido desarrollando durante estos años, como ha reconocido paladinamente alguno de sus auditores, señalando que ha sido la falta de unanimidad y constancia de la jurisprudencia rotal el origen de los inconvenientes destacados luego en los Tribunales inferiores³.

Por lo que se refiere a la responsabilidad que a los cultivadores de la ciencia canónica nos alcanza, ante la gravedad de la situación, no parece que podamos satisfacerla limitándonos a discutir la calificación canónica que deba darse a los dos discursos papales a la Rota Romana sobre el tratamiento canónico de la incapacidad psíquica para el matrimonio –si estamos ante un *monitum* reiteradamente dirigido a los tribunales eclesiásticos de U.S.A., como, en su momento, dijeron algunos periodistas, o ante una abrogación del c. 1095, o una interpretación auténtica del mismo⁴– para continuar luego

2. Z. GROCHOLEWSKI, *Cause matrimoniali e "modus agendi" dei Tribunali*, en "Ephemerides Iuris Canonici", 49 (1993) p. 133; IDEM, *Processi di nullità matrimoniale nella realtà odierna*, en AA. VV., *Il processo matrimoniale canonico*, "Studi Giuridici", XVII, Città del Vaticano 1988, pp. 2-15; IDEM, *Le juge ecclesiastique face aux expertises neuropsychiatriques et psychologiques. Considerations sur le discours du Saint père à la Rote Romaine (5. II. 1987)*, en "L'année canonique", 30 (1987) pp. 39-40

3. E. M. EGAN, *The Nullity of Marriage for Reason of Incapacity to Fulfill the Essential Obligations of Marriage*, en "Ephemerides Iuris canonici", 40 (1984) p. 29. Cfr. WILLIAM H. WOESTMAN, *Judges and the Incapacity to Assume the Essential Obligations of Marriage*, en "Studia canonica", 21 (1987) pp. 316-317. Las divisiones existentes en la jurisprudencia rotal han sido destacadas por P. G. BIANCHI, *Incapacitas assumendi obligationes essentielles matrimonii. Analisi della giurisprudenza rotale, particolarmente degli anni 1970-1982*, Milano 1992, pp. 64-65; M. WEGAN, *L'incapacité d'assumer les obligations du mariage dans la jurisprudence recente du Tribunal de la Rote*, en "Revue de droit canonique", 28 (1978) pp. 150-151.

4. Sobre la determinación del valor que, en relación con el c. 1095, 3, deba darse a los discursos de Juan Pablo II a la Rota Romana de 5. II. 1987 y de 25. I.

como si nada hubiera pasado en la Iglesia en relación con la problemática específica del c. 1095. Según ha hecho notar acertadamente C. J. Errázuriz, es preciso preguntarse si el estado de cosas que ahora lamentamos obedece a unos abusos en la sola aplicación de una norma canónica en sí misma irreprochable, o si las mismas categorías con que el referido canon tipifica la incapacidad deben ser replanteadas para evitar los equívocos actuales⁵.

Fijándonos, con mirada canónica, en la denuncia que hace Juan Pablo II del riesgo que corren actualmente los tribunales eclesiástico de "transformarse en una vía fácil para la solución de los matrimonios fracasados", podremos percibir que, entre los diferentes conceptos contenidos en el c. 1095, la *incapacitas assumendi onera essentialia matrimonii*, por la frecuencia con que es entendida como incapacidad para *realizar el matrimonio*, está especialmente concernida por la necesidad de hacer una depuración, lo más precisa posible, de su significación y su operatividad canónica, aunque pueda ser muy difícil el intento.

En este sentido, hay que reconocer que la inclusión de la incapacidad de asumir los deberes esenciales del matrimonio, en el

1988, C. STANKIEWICZ, 27. II. 1992, n. 12. vol. 84, pp. 109-110; C. BURKE, 18. VII. 1991, n. 3, vol. 83; C. IANVERSIN, 3. II. 1988, n. 3, vol. 80, p. 69; Z. GROCHOLEWSKI, *Le juge ecclésiastique face aux expertises...*, pp. 17 ss.; P. G. BIANCHI, *Incapacitas assumendi obligationes essentialia matrimonii*, Milano 1992, p. 98; F. LOZA, *Ministerio de verdad y de caridad (Comentario de un juez eclesiástico al discurso del Papa a la Rota Romana (5. II. 1987))*, en "Ius canonicum", 27, n. 54 (1987) pp. 609 ss.

⁵. C. J. ERRÁZURIZ, *Riflessioni sulla capacità consensuale nel matrimonio canonico*, en "Ius Ecclesiae", 6 (1994) p. 454. También G. VERSALDI ha destacado la insuficiencia de tantas lecturas de los discursos papales a la Rota Romana de los años 1986 y 1987, que no se deciden a desplegar las consecuencias dimanantes de sus contenidos más sustanciales. *Momentum et consecraria allocutionis...*, p. 110. En este mismo sentido ha hecho notar F. R. AZNAR GIL que el interés de los referidos discursos para el canonista no se limita sólo al ámbito procesal, sino que valoran aspectos pertenecientes a su misma configuración canónica sustancial. *Las causas de nulidad matrimonial por incapacidad psíquica (can. 1095, 3) según la jurisprudencia rotal*, en "Revista Española de Derecho Canónico" 44 (1987) p. 481.

texto promulgado por el CIC83, provocó una cierta euforia sobre la madura consolidación de este *caput nullitatis*, como si esto significara que los canonistas tuviéramos que omitir cualquier análisis de fondo sobre su correcto significado o que debiera ser silenciada la fuerte oposición mantenida por un sector de la jurisprudencia rotal a la admisión de este concepto hasta las vísperas de la promulgación del CIC83⁶, en línea con otras intervenciones coetáneas de la Santa Sede que habían alertado ya sobre la dinámica divorcista inherente a la declaración de nulidad de los matrimonios fracasados⁷.

En orden a esa depuración del alcance que debe darse a la *incapacitas assumendi onera essentialia matrimonii* en el sistema matrimonial canónico, nos parece especialmente necesario exponer el estado de la cuestión sobre su naturaleza jurídica específica, sobre su fundamentación en el Derecho natural y sobre su necesaria coherencia con el *ius connubii*. Al intentar esas finalidades en este trabajo de proporciones limitadas, somos conscientes de la necesidad de estudiar esta materia desde otras perspectivas complementarias. No obstante, las cuestiones que ahora abordamos nos parece que tienen su propio interés.

Es de notar, en primer término, que la doctrina y la jurisprudencia canónicas, al incluir el concepto *obligaciones esenciales* en su tratamiento del matrimonio, lo hicieron por mimetismo con la terminología habitualmente empleada en la doctrina jurídica de ámbito civil, careciendo el ordenamiento canónico de una teoría general sobre

⁶. C. FIORE, 26. IV. 1977, en "Ephemerides Iuris Canonici", 34 (1978) p. 343; C. FIORE, 23. XI. 1980, en "Ephemerides Iuris Canonici", 37 (1981) p. 292, n. 11; C. AUGUSTONI, 26. II. 1979, en "Monitor Ecclesiasticus", 104 (1979) p. 303; C. MASALA, 10. V. 1978, en "Monitor Ecclesiasticus", 104 (1979) p. 189; C. DI FELICE, 8. III. 1975, en C. SERRANO, 9. III. 1980, en "Ephemerides Iuris canonici", 38 (1982) p. 259, 2.

⁷. Una síntesis autorizada puede encontrarse en la relación presentada por el entonces Prefecto del Supremo Tribunal de la Signatura Apostólica, Card. Pericle Felici, al Sínodo de los Obispos, 6 de octubre de 1980, en *Communications*, 12 (1980) pp. 215-220.

las obligaciones y de una doctrina específica sobre las obligaciones matrimoniales. Estas carencias de base no pudieron por menos de lastrar las especulaciones en torno a un concepto, cuyo campo de juego, respecto del matrimonio, se pretendió situar en la órbita de su esencia. Pero la obligación, por su naturaleza, es un acto pasajero en la vida del individuo, que, además, puede ser cumplida por un tercero, o puede ser resuelta, como también puede extinguirse, por causas diferentes. Estas circunstancias no se avienen fácilmente con la esencia misma del vínculo o relación matrimonial permanente e indisoluble en su ser propio⁸. Quizá podría decirse, en favor de una cercanía especial de las obligaciones, respecto del vínculo, que su denominación más arcaica, en Roma, fue precisamente la de *nexum* o *vinculum*; pero esa simple coincidencia terminológica está muy lejos de una identificación de las obligaciones matrimoniales con la naturaleza específica del vínculo matrimonial.

Ese carácter pasajero de las obligaciones matrimoniales, en contraste con la esencia permanente del matrimonio, parece ser la causa de que a ellas fuera adherido el adjetivo *esenciales*, con la pretensión de limitar el ámbito propio en que operara la incapacidad para las obligaciones, contemplada primero por la jurisprudencia y más tarde por el c. 1095, 3. Pero esta calificación de algunas obligaciones del matrimonio comporta también sus propias dificultades para ser adecuadamente valorada⁹; porque,

⁸. La confusión del *ius in corpus* y sus correlativas obligaciones con el vínculo matrimonial y la esencia del matrimonio puede considerarse como precedente de esta errónea identificación entre las obligaciones que cada cónyuge tiene con su consorte, las cuales están sometidas a constantes alteraciones y pueden quedar suspendidas e incluso desaparecer, y la esencia del matrimonio. Este punto ha sido puesto de relieve especialmente por J. HERVADA, *El matrimonio "in facto esse". Su estructura jurídica*, en "Ius canonicum" I (1961), pp. 138 ss; IDEM, *El Derecho del Pueblo de Dios, III. Derecho matrimonial (1)* Pamplona 1973, pp. 197 ss; A. BERNÁRDEZ CANTÓN, *Las causas canónicas de separación conyugal*, Madrid 1961, pp. 8 ss.

⁹. J. HERVADA, *Obligaciones esenciales del matrimonio*, en "Ius canonicum", 31, n. 61 (1991) pp. 59 ss.

a la lejanía de las obligaciones, respecto de la esencia del matrimonio, se une el hecho de ser completamente desconocido para el Derecho de la Iglesia el concepto *obligaciones esenciales* –sólo mencionado en el c. 1095–, como lo es también para el Derecho romano y los Derechos civiles derivados de él, a pesar de las múltiples clasificaciones de las obligaciones que en ellos pueden encontrarse. Ese silencio sobre las obligaciones *esenciales* no parece ajeno al hecho de reconocer esos Derechos a los sujetos una completa libertad en la fijación de las estipulaciones que determinan las obligaciones por ellos establecidas, sin que tengan que atenerse a una esencia previamente instituida y afectante a la libre voluntad de los estipulantes, como ocurre en el tratamiento canónico del matrimonio.

En todo caso, hemos de hacer notar que no es nuestra pretensión entrar a considerar aquí cuáles sean esas obligaciones esenciales para cuya asunción requiere capacidad el c. 1095, 3, pues esta cuestión, refiriéndose a la extensión mayor o menor del ámbito en que opera la incapacidad de asumir, es secundaria respecto al significado y la naturaleza de esa misma incapacidad psicológica para obligarse o para asumir esas obligaciones esenciales. No obstante, debemos hacer constar que la determinación de cuáles sean esas obligaciones esenciales resulta tan difícil para la jurisprudencia y la doctrina, que ha podido escribir una personalidad como Mons. Grochowski: "Si varones tan peritos en el Derecho matrimonial como los componentes de la Comisión reformadora del CIC no pudieron captar los elementos esenciales de la comunión de vida conyugal y no pudieron dar una indicación clara sobre esta materia, cabe preguntarse qué probabilidad existe de que ahora estos elementos sean percibidos por los jueces que, en su mayor parte, tienen menor preparación, tienen que ejercer otras actividades y su dedicación a los tribunales es sólo una parte de su trabajo. ¿Cómo, entonces, y de qué manera se puede prever cierta uniformidad de la jurisprudencia en esta materia?"¹⁰.

¹⁰. Z. GROCHOLEWSKI, *De "communione vitae" in novo schemate "de matrimonio" et de momento iuridico amoris coniugalis*, en "Periodica" 68 (1979) p. 454.

Si es confuso el sentido de la expresión *obligaciones esenciales*, introducida en el sistema matrimonial por mimetismo con la terminología habitual –aunque sólo sea en parte– para el Derecho civil, al desplegar su tratamiento de las obligaciones y de los contratos, no menos confusa es la expresión *incapacidad de asumir* –introducida también por la jurisprudencia, para referirse exclusivamente a la capacidad para el matrimonio y no a cualquier otro ámbito del ordenamiento canónico–, que, siendo de muy escasa utilización en la órbita del Derecho civil¹¹, se ha puesto en juego aceptando una terminología utilizada habitualmente por otras ciencias: la psiquiatría y la psicología. Baste indicar, en prueba de esta afirmación, que es en los informes periciales de los psiquiatras, presentados a los tribunales eclesiásticos, donde encontramos el origen de la expresión *incapacidad para asumir las obligaciones matrimoniales*¹²; que a la autoridad de la psiquiatría, como argumento definitivo, han acudido los canonistas más significados en la defensa de la autonomía canónica de esta incapacidad¹³ y que, aun los ponentes rotales más contrarios a la aceptación de las causas de nulidad matrimonial por incapacidad de asumir las obligaciones esenciales del matrimonio manifestaron esa oposición, no con argumentos de ámbito canónico, sino en completa dependencia de las referidas ciencias, dejando en suspenso su opción "mientras no se presenten argumentos psiquiátricos y psicológicos"¹⁴.

Pero esta excesiva dependencia de las referidas ciencias en el nacimiento, fundamentación y alcance de la incapacidad de asumir

11. En relación con las disposiciones jurídicas sobre la deuda encontramos la utilización de este término en el Derecho civil.

12. C. TEODORI, 19. I. 1940, n. 16, vol. 32, p. 90.

13. Vid. infra notas 25-33.

14. vid. supra nota 6. En este sentido ha escrito U. NAVARRETE: "La jurisprudencia canónica (...) ha dictado sentencias de nulidad de ámbito más amplio cada día, porque, teniendo en cuenta los progresos desarrollados por las ciencias humanas, ha descubierto nuevas razones por las que el matrimonio puede ser inválido". *"Incapacitas assumendi onera" uti caput autonomum nullitatis matrimonii*, en "Periodica" 61 (1972) p. 47.

las obligaciones matrimoniales –que no se armoniza bien con la insistencia con que Juan Pablo II ha destacado la necesidad de que los jueces eclesiásticos valoren, desde la antropología cristiana y los principios propios del ordenamiento canónico, los informes de los peritos psicólogos o psiquiatras¹⁵– es el punto primero que ahora debemos exponer.

I. DIVERSOS MODOS DE VER LA INCIDENCIA DE LA PATOLOGÍA NO AMENCIAL EN LA NULIDAD DEL MATRIMONIO

La aparición del concepto incapacidad de asumir las obligaciones esenciales del matrimonio, con las funciones diversas que se le atribuyen, está íntimamente relacionada con los diversos modos de ver la incidencia de las anomalías psicosexuales –que han ejercido un influjo típico en la progresiva utilización del concepto incapacidad de asumir por parte de la jurisprudencia– y de otros tipos patológicos, que no alcanzan la gravedad de la amencia, en la posible nulidad del matrimonio¹⁶. A partir de los informes ofrecidos por los peritos en psiquiatría o psicología, los diferentes ponentes rotales, al extraer aquellos datos que, de acuerdo con las disposiciones canónicas, consideran relevantes respecto de la posible nulidad del matrimonio, se expresan poniendo en juego modos diferentes de captar la significación jurídica de unos mismos tipos patológicos descritos por los peritos en coincidencia básica de criterio¹⁷.

¹⁵. *Discurso a la Rota Romana*, de 5. II. 1987, nn. 35, 8. También el discurso del 25. I. 1988, nn. 3, 5-9.

¹⁶. Una exposición de cada una de las tipificaciones psiquiátricas y psicológicas, que, sin alcanzar la gravedad de las psicosis, han sido alegadas en la actividad desarrollada por la jurisprudencia rotal –hiperestesia sexual, homosexualidad, travestismo, transexualismo y desórdenes de la personalidad– puede verse en P. G. BIANCHI, *Incapacitas...*, pp. 179 ss.

¹⁷. Esas diversas corrientes jurisprudenciales han sido destacadas en diferentes estudios sobre el tema: C. GULLO, *Incapacità perpetua di assumere*

En relación con las anomalías psicosexuales y particularmente con la ninfomanía, puede observarse una prolongada trayectoria de ponentes rotales que perciben, a partir de las descripciones y valoraciones de los peritos, la posible ausencia de un consentimiento deliberado y libre, dimanante de una falta de verdadera elección personal, hecha con dominio de la propia voluntad, a causa de las obsesiones delirantes que irresistiblemente impulsan a esas pacientes a la unión indiscriminada con cualquier varón, sin que puedan, respecto del matrimonio, desarrollar las operaciones mentales que les permitan hacer, con libertad interna, el juicio práctico que les impulse a querer el matrimonio¹⁸. Es verdad que algunos ponentes que siguen esta línea argumental se expresaron, a veces, en términos que suscitaron alguna crítica, como su afirmación de que esa falta de libertad de la voluntad

gli oneri coniugali o incapacità di assumere oneri coniugali perpetui? en "Il Diritto Ecclesiastico" 1978, II, p. 7; U. NAVARRETE, "Incapacitas assumendi onera" *uti caput autonomum nullitatis matrimonii*, en "Periodica", 61 (1972) pp. 53-58; CH. LEFEBVRE, *La jurisprudence rotale e l'incapacità d'assumere les obligations conjugales*, en "Revue de Droit canonique" 24 (1974) pp. 377-379; A. MOLINA MELIÁ, *La incapacidad de asumir las obligaciones esenciales del matrimonio en la jurisprudencia de la Rota Romana*, en AA. VV., *Estudios dedicados a Juan Peset Aleixandre*, II, Valencia 1982, pp. 767-780; P. A. BONNET, *L'incapacità relativa agli oneri matrimoniali quale incapacità personale ad attuare le proprietà essenziali*, en "Il Diritto ecclesiastico", 1982 II, pp. 319-323; A. STANKIEWICZ, *L'incapacità psichica nel matrimonio: terminologia, criteri*, en "Apollinaris", 63 (1980), pp. 68-70; L. RUANO ESPINA, *La incapacidad para asumir las obligaciones esenciales del matrimonio por causas psíquicas, como capítulo autónomo de nulidad*, Barcelona 1989, pp. 54-56.

¹⁸. C. PRIOR, 10. VII. 1909, nn. 2 y 3, vol. 1, p. 87; C. SEBASTIANELLI, 9. IV. 1910, nn. 2-4, vol. 2, pp. 145-146; C. TEODORI, 19. I. 1940, nn. 3, 4, 15 y 16, vol. 32, pp. 82, 83 y 89; C. HEARD, 5. VI. 1941, nn. 2, 5 y 7, vol. 33, pp. 489, 491 y 494; C. JULLEN, 16. X. 1942, n. 2, vol. 34, p. 776; C. QUATTROCOLO, 16. VI. 1943, nn. 6-8, vol. 30, pp. 435-437; C. PINNA, 4. IV. 1963, nn. 3, 5 y 6, vol. 65, pp. 257-261; C. EWERS, 22. VII. 1968, n. 2, vol. 60, pp. 477-479; C. DI FELICE, 11. XII. 1975, n. 2, vol. 67, p. 715; C. PARISELLA, 11. V. 1978, n. 11, vol. 70, p. 291; C. MASALA, 12. III. 1975, n. 7, vol. 67, pp. 135-137; C. DI FIORE, 26. IV. 1977, nn. 6-13, vol. 69, pp. 196-199; C. STANKIEWICZ, 31. V. 1979, nn. 3-6, vol. 71, pp. 307-311; C. DI FELICE, 18. X. 1980, n. 3, vol. 72, pp. 661-662.

podría darse *integro manente intellectu*, habida cuenta de que la ninfomanía admitiría una suficiente información conceptual sobre la naturaleza y propiedades del matrimonio, como también ha sido criticada la expresión *defectus deliberationis voluntatis*, a veces usada por algunas decisiones, como si ésta fuera posible permaneciendo íntegra la actividad intelectual¹⁹.

Pero este modo de ver la incidencia de la patología psicosexual en la nulidad del matrimonio, por impedir el consentimiento deliberado y libre, se oscurece en una decisión rotal, que, aplicando la doctrina de la permanencia de la libertad en el hombre normal, aunque esté afectado por las pasiones y la concupiscencia, a la validez del consentimiento matrimonial dado por un homosexual, concluye que ese consentimiento, prestado en el estado anómalo del homosexual, tendría un mayor vigor, porque la voluntad vence entonces la propuesta contraria que le hace la sensibilidad peculiar del homosexual. No mantener estos criterios –dice el ponente– sería admitir un determinismo incompatible con la doctrina católica sobre la libertad²⁰. Al confrontar estas apreciaciones con los informes de los peritos que insisten en las deficiencias psicológicas del homosexual, dice el ponente: "todos ellos confunden la voluntad de contraer con el cumplimiento de la obligación asumida, que está fuera y más allá del contrato"²¹.

Teniendo en cuenta el planteamiento de esta decisión extraordinariamente rigorista, se puede percibir adecuadamente qué aspectos de este rigorismo continúan y cuáles son rechazados en el planteamiento innovador –surgido a raíz de la referida sentencia–, respecto de la relevancia canónica que la patología no amencial tiene en la nulidad del matrimonio. En efecto, un año después de la anterior sentencia, Mons. Sabattani, que había formado parte del turno rotal

¹⁹. C. HEARD, 5. VI. 1941, n. 2, vol. 33, p. 489; C. PINNA, 4. IV. 1963, n. 3, vol. 65, p. 258. Cfr. E. TEJERO, *La discreción de juicio para consentir en matrimonio*, en "Ius canonicum", 22, n. 44 (1982) pp. 523 ss.

²⁰. C. LAMAS, 15. III. 1956, nn. 2-7, vol. 48, pp. 238-243.

²¹. Ibidem, n. 15, p. 247.

que adoptó esa decisión, en una sentencia que constituye el primer precedente de la tendencia innovadora sobre la *incapacitas assumendi onera*, en referencia a la ninfomanía, mantendrá el mismo rigorismo de la decisión anterior respecto a la capacidad psicológica para consentir en matrimonio por parte de quien padece esa anomalía: "respecto del matrimonio *in fieri*, puede aportar los elementos de conocimiento y de voluntad necesarios para el contrato"²². Este rigorismo del ponente es más llamativo teniendo en cuenta que, sobre la ninfomanía, según vimos²³, había sido muy reiteradamente expuesta por la jurisprudencia la doctrina de que no es posible, a quienes la padecen, emitir un consentimiento libre y deliberado.

Pero, junto al rigorismo que niega la incidencia negativa de la ninfomanía en la actuación del entendimiento y de la voluntad, requerida para que pueda existir el consentimiento matrimonial, la sentencia C. Sabattani inicia una apertura hacia la relevancia que pueda tener la ninfomanía "respecto del matrimonio *in facto esse*, o respecto del uso del matrimonio"²⁴. La importancia que tiene la negativa a reconocer la incidencia, en el consentimiento, de la patología que venimos viendo, para aceptar su relevancia sólo en el *usus matrimonii*, ha sido destacada, con particular claridad, por U. Navarrete: "Toda la dificultad depende de esta cuestión: si las anomalías sexuales suponen siempre una perturbación que afecta gravemente a las mismas facultades superiores del entendimiento, discernimiento y libre determinación de sí mismo, o por el contrario, se dan anomalías sexuales *puras*, que provienen de alguna disfunción fisiológica del sistema hormonal, que perturba la vida sexual, pero no afecta a las facultades intelectual, de discernimiento y libre determinación de modo que puedan emitir un acto humano"²⁵.

En favor de esta posibilidad, se había hecho eco Sabattani de una teoría que considera la excesiva producción de folicolina como

22. C. SABATTANI, 21. VI. 1957, n. 5, vol. 49, p. 503.

23. vid. supra, nota 18.

24. C. SABATTANI, 21. VI. 1957, n. 5, vol. 49, p. 503.

25. U. NAVARRETE, "*Incapacitas assumendi onera*" ..., p. 52.

posible causa de la ninfomanía²⁶. Navarrete, sin tener en cuenta que la ninfomanía implica siempre anomalías psíquicas, sea cual sea su causa, deja pendiente y sin respuesta la cuestión que él mismo se ha planteado; pero atribuye a la medicina, a la psiquiatría y a la psicología unas competencias, a nuestro parecer excesivas, en la determinación de la incidencia de esta patología en la nulidad del matrimonio: "La primera cuestión que se presenta a este propósito es la de saber si se pueden dar perturbaciones de la personalidad que hacen al sujeto incapaz de cumplir las obligaciones del matrimonio, dejando íntegra su capacidad de entender y de querer. La respuesta pertenece a la medicina y a las ciencias de la psicología y de la psiquiatría, las cuales hasta ahora no parece que hayan llegado a conclusiones ciertas"²⁷.

Desde esta competencia atribuida a esos saberes para responder al punto más difícil sobre la autonomía propia de la *incapacitas assumendi onera*, respecto de la incapacidad de consentir, se comprende que no hayan faltado canonistas que hayan acudido a las unidades noseológicas propias de la ciencia psiquiátrica o psicológica para asentar sobre ellas la causa directa de la nulidad del matrimonio y la determinación del ámbito a que esa incapacidad se extiende. La esquizofrenia, la homosexualidad, la ninfomanía y otras tipificaciones propias de las referidas ciencias ofrecerían a la ciencia canónica y a la jurisprudencia información suficiente para perfilar las bases propias para calificar jurídicamente el ser mismo de la incapacidad para el matrimonio²⁸.

²⁶. C. SABATTANI, 21. VI. 1957, n. 6, vol. 49, pp. 503-504.

²⁷. U. NAVARRETE, *Problemi sull'autonomia dei capi di nullità del matrimonio per difetto di consenso causato da perturbazioni della personalità*, en AA. VV. *Perturbazioni psichiche e consenso matrimoniale nel Diritto canonico*, Roma 1976, p. 127.

²⁸. P. ARZA, *Los "homosexuales", ¿incapaces de contraer matrimonio?*, en AA. VV. *Chiesa dopo il Concilio*, Milano 1972, pp. 65, 89-91; O. DI JORIO, *L'omosessualità come causa di nullità e una recentissima decisione rotale*, en "Il Diritto ecclesiastico", 1969 II, p. 147, 152-158; CH. J. RITTY, *Possible Invalidity of Marriage by Reason of sexual Anomalies*, en "The Jurist", 23 (1963) pp. 410, 416; A. MOLINA MELIÁ, *La incapacidad de asumir los*

Estos planteamientos se han reflejado en la actividad de ciertos tribunales inferiores, que han debido ser corregidos por alguna decisión rota²⁹, y han hecho necesaria la insistencia en la defensa de una "pureza metodológica", para que no se conviertan los dictámenes psicológicos en pronunciamientos jurídicos, con gran detrimento de los principios propios del sistema jurídico³⁰, "porque es ilegítimo atribuir a las ciencias positivas una competencia específicamente jurídica y en un ámbito formalmente jurídico; pero es además muy peligroso porque introducirían criterios propios de las ciencias exactas o de la investigación experimental en zonas exclusivamente propias del derecho"³¹.

Quizá ha sido S. Villegiante uno de los autores que ha destacado con mayor claridad los riesgos contenidos en estos planteamientos, que "se revelan especialmente graves sobre todo cuando en la categoría de la incapacidad psicológica, muy impropia entendida por algunos como impotencia moral, se querría incluir cualquier forma de incapacidad que impida no sólo el nacimiento sino también el desarrollo de la *societas coniugalis*, y se querría invocar a tal fin la

deberes esenciales del matrimonio en la jurisprudencia de la Rota Romana, en AA. VV. *Estudios dedicados a Juan Peset Aleixandre*, II, Valencia 1982, p. 779; P. K. THOMAS, *Marriage annulment for gay Men and lesbian Women new canonical and psychological Insights*, en "The Jurist", 43 (1983) pp. 319-325.

²⁹. C. STANKIEWICZ, 27. II. 1992, nn. 4-10, vol. 84, pp. 105-109 rechaza que puedan ser capítulos de nulidad expresiones metajurídicas como "por inmadurez", "por psicopatía", "por homosexualidad", "por anomalía psíquica".

³⁰. O. RUMAGALLI CARULLI, *Intelletto e volontà nel consenso matrimoniale in diritto canonico*, Milano 1974, pp. 311; W. M. VAN OMMEREN, *Mental Illness Affecting matrimonial Consent*, Washington 1961, pp. 159 ss.; C. STANKIEWICZ, 31. V. 1979, n. 6, vol. 71, p. 310.

³¹. M. F. POMPEDDA, *Annotazioni circa l'incapacitas assumendi onera coniugalia*, en "Ius canonicum" 23, n. 43 (1982) p. 199; C. FIORE, 5. III. 1985, n. 4, vol. 77, p. 144; C. DORAN, 14. II. 1991, n. 12, vol. 83, p. 87, lamenta que estas ingerencias se produzcan también por parte de los peritos que pretenden dictaminar sobre qué obligaciones matrimoniales son o no esenciales al matrimonio.

ayuda, o, peor, la palabra definitiva de los peritos en psicología, los cuales, lejanos casi siempre de toda preocupación de conciliar los principios científicos de la propia escuela y sus propios métodos con los principios fundamentales de la filosofía tomística y con los esquemas –en cuanto a la doctrina del acto humano– también fundamentales en la psicología escolástica y alejados de todo conocimiento de la teología del matrimonio –por lo cual estarían en situación de hacer más una composición de una situación humana actual que de descubrir cuál era la realidad en el momento del compromiso matrimonial–, pretenden *sin tener en la base aquellos principios* pronunciarse sobre la validez de un consentimiento matrimonial formado muchos años antes, y acabarían en la práctica por hacer reconocer como legítimo lo que no lo es, o, en otras palabras, acabarían por reconocer, como legítimo, el divorcio en la Iglesia³².

Para percibir mejor el riesgo que implica esta inclinación a remitir a los criterios médicos psiquiátricos o psicológicos la capacidad para determinar el ámbito canónico en que incide la nulidad del matrimonio, conviene tener en cuenta la mentalidad con que cualquiera de esos profesionales puede responder a la pregunta de si uno de sus pacientes es o no capaz para el matrimonio. Desconociendo el prisma desde el cual el ordenamiento canónico reconoce a los esposos la capacidad de obrar, con relevancia jurídica que nadie pone en discusión –en la manifestación de un libre consentimiento–, los médicos psicólogos o psiquiatras, harán incidir la patología que presentan sus pacientes en la capacidad o incapacidad para la vida matrimonial³³, sin tener en cuenta que no es ahí donde el

³². S. VILLEGIANTE, *L'incapacità psicologica come causa di nullità del matrimonio in Diritto canonico*, en AA. VV., *Studi di Diritto canonico in onore di Marcelino Magliocchetti*, III, Roma 1979, p. 1112.

³³. Debe tenerse en cuenta que, a diferencia de la psicología metafísica, en que se funda la ley canónica, muchas corrientes de la filosofía moderna identifican volición y acción; de ahí que sea frecuente encontrar estudios psiquiátricos en que se afirma que la voluntad equivale a la actividad humana

ordenamiento canónico reconoce capacidad de obrar con relevancia jurídica a los que se desposan. De ahí la necesidad de que no se rindan los canonistas ante el brillo científico de esos saberes que, respecto del prisma propio con que el ordenamiento de la Iglesia capta la incapacidad para el matrimonio, tienen una información tan vulgar como tantos otros no especializados en el conocimiento del sistema matrimonial canónico. Si tenemos en cuenta la reiteración con que vienen afirmando muchos canonistas que la operatividad canónica recientemente reconocida a la incapacidad de asumir dimanada de la acogida de las informaciones ofrecidas por el progreso de la psicología y de la psiquiatría, se comprenderá el riesgo de unas graves consecuencias, en el tratamiento canónico del matrimonio, dimanantes de remitir, a esos saberes, la competencia para establecer una línea delimitadora de una nueva incidencia de la patología psíquica en la nulidad del matrimonio.

II. DISCREPANCIAS SOBRE EL SIGNIFICADO DE LA INCAPACIDAD PARA ASUMIR LAS OBLIGACIONES ESENCIALES DEL MATRIMONIO

Acogida en el fuero canónico la categoría *incapacidad para asumir las obligaciones esenciales del matrimonio* por el influjo de otros saberes, sin emerger de un discurso propio y coherente con sus principios de valoración, necesariamente ha sido entendida por los diferentes ponentes rotales y por la doctrina canónica con una pluralidad de significaciones que hacen casi imposible su presentación articulada. Sobre un solo punto existe unanimidad: la referida incapacidad, de acuerdo con lo dispuesto en el c. 1095, 3, tiene como efecto hacer nulo el matrimonio; pero, a la hora de precisar dónde radica la causa por la cual la incapacidad de asumir las obligaciones

consciente que busca un fin determinado. C. STANKIEWICZ, 31. V. 1979, n. 5, vol. 71, p. 309.

esenciales del matrimonio da origen a la nulidad, las respuestas están llenas de divergencias y confusiones.

1. *Infravaloración de la incapacidad de asumir por una sobrevaloración de la incapacidad de cumplir las obligaciones*

Empleando la expresión *incapacidad de asumir*, la ya referida decisión C. Sabattani intentó perfilar su ámbito propio lejos de la incapacidad para conocer y querer, postulada por el matrimonio *in fieri*, y destacando que, en esta hipótesis, la nulidad "se da más bien en el matrimonio *in facto esse*, o respecto del uso del matrimonio (...) porque no es posible el uso exclusivo del cuerpo entre los cónyuges"³⁴. En términos parecidos se expresa otra decisión rotal: "El matrimonio es inválido porque falta su esencia, no ciertamente en su *feri* (pues consiente), sino *in facto esse* (en el objeto formal esencial del consentimiento no entregado por ser incapaz para ello), en el momento de celebrar el matrimonio"³⁵.

Antes de pasar adelante, es necesario señalar que este planteamiento innovador sobre la esencia del matrimonio ha sido rectificado por otras sentencias rotales posteriores, que, a la vista de una decisión de la Signatura Apostólica, insistiendo en que el Vaticano II mantiene la distinción entre el matrimonio *in fieri* y el matrimonio *in facto esse*³⁶, destacan que "se ha de distinguir cuidadosamente entre

³⁴. C. SABATTANI, 21. VI. 1957, n. 6, vol. 49, p. 503.

³⁵. C. PINTO, 18. VI. 1982, n. 4, 00044. "En relación con la habilidad para asumir los deberes matrimoniales no se establece con claridad la diferencia – que nunca será fácil de establecer– entre el matrimonio en cuanto acto –el consentimiento matrimonial o matrimonio *in fieri*– y en cuanto vínculo permanente –o comunión de vida y amor conyugal– el matrimonio como *in facto* comienza a existir. La capacidad entonces ha de ser considerada como potencia y virtualidad de llevar a la práctica lo que en el consentimiento fue percibido y estimado con facultad crítica". C. SERRANO, 16. XII. 1983, n. 6, vol. 75, p. 711.

³⁶. 5. XII. 1972, n. 61, en I. GORDON-Z. GROCHOLEWSKI, *Documenta recentiora circa rem matrimonialem et processualem*, Romae 1977, pp. 25-26.

el consentimiento matrimonial, que se llama matrimonio *in fieri*, y el *coniugium*, que queda constituido por el consentimiento y es llamado también matrimonio *in facto esse*. El consentimiento es irrevocable y el matrimonio es perpetuo por su naturaleza ya en el momento mismo en que se constituye, pero el cumplimiento de las obligaciones no pertenece a la esencia del matrimonio, pues es extrínseco al matrimonio³⁷. De ahí que en el *in facto esse* no es considerado el matrimonio para decidir sobre su validez, sino en el *in fieri*, que es cuando se percibe si éste comienza a existir y se juzga de su validez³⁸. Por lo mismo –insiste otra decisión– "no se debe confundir el consentimiento o matrimonio *in fieri* con el éxito feliz del matrimonio *in facto esse*, porque éste sea infausto y roto no se arguya que existió un defecto de consentimiento. La ruina del matrimonio puede ocurrir, y frecuentemente ocurre, por una nueva mutación de la voluntad posnupcial, porque los cónyuges no quieren guardar los deberes antes recibidos. Debe recordarse que el consentimiento es irreversible"³⁹.

El traslado del juego de la incapacidad al ámbito del matrimonio *in facto esse*, que, según acabamos de ver, constituye, para algunos rotales, el contenido propio de la incapacidad de asumir alejándola del momento constitutivo del matrimonio *in fieri*, que es donde el Derecho de la Iglesia reconoce a los esposos capacidad jurídica creadora del vínculo matrimonial, se manifiesta también en otra decisión, que hace consistir la incapacidad de asumir en que "uno no puede tener libre ejercicio perpetuo del *ius in corpus*"⁴⁰. Y, con una formulación más amplia aún, se postula, para la validez del matrimonio, la capacidad de llevar a la práctica las consecuencias del pacto y, además, perpetuamente⁴¹.

37. C. BOCCAFOLA, 23. VI. 1988, n. 15, vol. 80, p. 433.

38. C. PALAZZINI, 28. X. 70, n. 13, vol. 62, p. 969.

39. C. DI FELICE, 26. V. 1981, vol. 73, p. 292.

40. C. POMPEDDA, 6. X. 1969, n. 2, vol. 61, p. 916.

41. C. SERRANO, 28. VII. 1981, n. 5, 00124; C. GULLO, *Incapacità perpetua di assumere gli oneri coniugali o incapacità di assumere oneri coniugali perpetui?*, en "Il Diritto Ecclesiastico", 1978, II, p. 7; P. A. BONNET, *l'incapacità relativa a gli oneri matrimoniali quale incapacità personale ad*

En este planteamiento, la expresión *incapacidad de asumir* silencia la incidencia negativa de la incapacidad en el acto de consentir para situarla en un ámbito que, según se reconoce, nunca antes habría sido aceptado por el Derecho de la Iglesia: la incapacidad para el libre ejercicio perpetuo del derecho al cuerpo y de las consecuencias dimanantes del pacto. No parece sensato desconocer el grado de innovación sustancial que estas expresiones contienen, porque describen la incapacidad de asumir con un significado referible a todo ser humano que contrae matrimonio, pues ningún contrayente podrá garantizar un "libre ejercicio perpetuo del derecho al cuerpo", ni "una capacidad de llevar a la práctica perpetuamente las consecuencias del pacto".

Tan extremada llega a ser esta polarización de la incidencia canónica de cualquier patología psiquiátrica o psicológica sobre el solo *usus matrimonii* o sobre el libre ejercicio de los derechos matrimoniales, que J. R. Keating llega a proponer que la amencia y cualquier otro estado patológico permanente, por más profundos que sean, proyecten toda su eficacia, respecto de la nulidad del matrimonio, solamente en que implicarían una impotencia moral para el cumplimiento de las obligaciones matrimoniales, y no en que determinen un *consensus naturaliter inexistentis*. Este sólo vendría determinado por situaciones transitorias de *mentis exturbatio* originadas por ebriedad, por hipnosis, por efectos de la anestesia o por causas semejantes⁴².

Esta polarización tan radical, sobre el *usus matrimonii*, de la relevancia canónica de cualquier estado psíquico o psicológico permanente trivializa, necesariamente, el valor prioritario que

attuare le proprietà essenziali, en "Il Diritto ecclesiastico", 1982 II, pp. 337-340; M. WEGAN, *L'incapacité d'assumer les obligations du mariage dans la jurisprudence récente du Tribunal de la Rote*, en "Revue de Droit canonique", 28 (1978) pp. 147-149; A. ARZA, *Incapacidad pra asumir las obligaciones del matrimonio*, "Il Diritto Ecclesiastico" 1980 I, pp. 486, 497.

⁴². J. R. KEATING, *The Bearing of mental Impairment on the Validity of Marriage. An Analysis of rotal Jurisprudence*, Roma 1964, pp. 174-175.

el ordenamiento canónico atribuye al consentimiento, como momento en que la libre voluntad de los esposos tiene eficacia insustituible para hacer el matrimonio. Si la incapacidad psicológica permanente sólo es tal por incidir en el *usus matrimonii*, da lo mismo decir que cabe la existencia del *consensus*, ante una determinada patología permanente, que negar la posibilidad del consentimiento, porque, en este planteamiento, no es en ese punto donde se decide el valor del matrimonio, sino sólo en la capacidad para el libre ejercicio perpetuo de los derechos matrimoniales. De ahí la facilidad con que afirma determinada línea jurisprudencial que la incapacidad para asumir los deberes matrimoniales nada tiene que ver con la incapacidad para el consentimiento, "aunque el contrayente hubiera prestado el consentimiento matrimonial, si (...) no es capaz de dar y asumir los deberes esenciales del contrato (...), contrae inválidamente"⁴³.

No estamos –se dice– ante situaciones en que falte el mínimo de inteligencia y de *libertas electionis* requeridos para el consentimiento, sino que falta la *libertas executionis*, "aunque, al momento de celebrar el matrimonio, fuera capaz de emitir un consentimiento psicológicamente suficiente"⁴⁴. Pretendiendo situar la *incapacidad de asumir* fuera del consentimiento considerado en su aspecto formal, como acto de la inteligencia y de la voluntad, quiere hacerla operativa respecto del contenido del compromiso matrimonial y la capacidad del contrayente para *cumplir* con las obligaciones⁴⁵.

⁴³. C. PINTO, 18. III. 1971, n. 3, vol. 63, p. 187.

⁴⁴. C. ANNÉ, 17. I. 1967, n. 11, vol. 59, p. 29; M. F. POMPEDDA, *Annotazioni circa la "incapacitas assumendi onera coniugalia"*, en "Ius canonicum", 22, n. 43 (1982) pp. 190-191.

⁴⁵. CH. LEFEBVRE, *L'evolution actuelle de la jurisprudence matrimoniale*, en "Revue de Droit canonique", 24 (1974) pp. 350 ss.; M. F. POMPEDDA, *De incapacitate assumendi obligationes matrimonii essentielles*, en "Periodica", 75 (1986) pp. 131-138; IDEM, *L'incapacità consensuale*, en AA. VV., *Incapacidad consensual para obligaciones matrimoniales*, Pamplona 1991, pp. 72-75; IDEM, *Incapacità di natura psichica*, en AA. VV., *Il codice del Vaticano II, Matrimonio canonico*, Bologna 1985, pp. 143-145; P. BIANCHI, *Il pastore d'anime e la nullità del matrimonio. IX L'incapacità ad assumere gli obblighi essenziali del matrimonio (can. 1095, 3)* en "Quaderni

Como puede observarse, en estos planteamientos, la incapacidad de asumir, por ser entendida respecto del uso y ejercicio de los derechos y de las prestaciones obligatorias, en realidad, se la hace consistir en la incapacidad de cumplir⁴⁶, expresada en una variada gama de verbos con significaciones afines: incapacidad para la libre realización del negocio, para actuarlo, para su efectiva ejecución, para soportar las cargas, para disponer de su objeto, para llevar a la práctica las obligaciones, para ejercer *hic et nunc* los derechos, para garantizar la prestación de las obligaciones, para poder actuar con eficacia, para atenerse a lo prometido y otros semejantes.

Esta insistencia en la falta de capacidad para cumplir las obligaciones, como hipotética causa de la nulidad matrimonial, nos hace comprender por qué, en la redacción primera del canon hoy vigente sobre la incapacidad que nos ocupa, se aludía expresamente a la incapacidad de cumplir los deberes esenciales⁴⁷. Y desde esta perspectiva se comprende también que algún autor postulara la tipificación de esta incapacidad como pura incapacidad de cumplir:

di Diritto ecclesiale", 4 (oct. 1995) p. 425; J. MARTÍNEZ VALLS, *Algunos aspectos del c. 1095, 3*, en AA. VV., *Curso de Derecho matrimonial y procesal para profesionales del foro*, X, Salamanca 1990, p. 273; F. R. AZNAR GIL *Las "obligaciones matrimonii essentielles" (can 1095, 3) en la jurisprudencia canónica*, en AA. VV., *Magister canonistarum*, Salamanca 1994, pp. 162-165; S. PANIZO ORALLO, *La capacidad psíquica necesaria para el matrimonio*, en "Revista Española de Derecho canónico", 44 (1987) pp. 450-452; L. RUANO ESPINA, *La incapacidad para asumir las obligaciones esenciales del matrimonio por causas psíquicas, como capítulo de nulidad*, Barcelona 1989, pp. 50, 72-75.

⁴⁶. Esta es la terminología que se encuentra ya en C. ANNÉ, 25. II. 1969, n. 3, vol. 61, p. 176.

⁴⁷. "Qui non valent assumere iura aut implere officia matrimonii essentielles, incapaces sunt matrimonii contrahendi". *Communicationes*, VII (1975) p. 41. Una buena síntesis sobre el *iter* de la redacción del actual c. 1095, 3 puede verse en L. CUTIÉRREZ MARTÍN, *Incapacidad para consentir en matrimonio. Comentario exegético al c. 1095 del nuevo "Codex"*, en AA. VV., *Curso de derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro*, VI, Salamanca 1984, pp. 84-85; DEM, *La incapacidad para contraer matrimonio*, Salamanca 1987, pp. 65-67.

"Más que considerar prácticamente como sinónimas las dos expresiones (incapacidad de *asumir* e incapacidad de *realizar* las obligaciones) ¿no convendría calificar la nueva incapacidad como incapacidad para cumplir?"⁴⁸. Se lograría de este modo una clara autonomía de esta incapacidad respecto de los vicios de consentimiento desde el punto de vista de los principios psicológicos: "la ejecución es la realización del acto voluntario, de la decisión, del consentimiento, más que este acto mismo. La ejecución exterioriza y materializa el acto voluntario; confirma la decisión; pero puede no tener lugar (incluso por incapacidad) sin que sea puesta en duda la validez de la decisión"⁴⁹.

Pero la autonomía propia de la incapacidad de cumplir, que se viene postulando, implica unos riesgos que no se deben silenciar, ya que son reconocidos por los mismos autores que proponen la aceptación de la incapacidad de realizar el matrimonio en el Derecho de la Iglesia: "las declaraciones de nulidad dadas desde este prisma parecen más bien *constataciones de fracasos irreversibles que dan acceso a un nuevo matrimonio*. Se puede comprobar la existencia de una práctica canónica de autorizar, cada vez con más amplitud, un nuevo matrimonio en caso de fracaso, sin que este modo de hacer haya encontrado hasta hoy una explicación adecuada por falta del vocabulario apropiado"⁵⁰.

La idea de incluir la *incapacitas adimplendi onera matrimonialia* en los esquemas elaborados por la comisión que preparaba la nueva codificación tuvo una duración efímera: este concepto no se encuentra ya en el c. 297 del proyecto enviado para consulta el año 1975 ni volvió a figurar en los textos elaborados con posterioridad. Es

⁴⁸. J. BERNHARD, *L'incapacité morale: incapacité a assumer ou a accomplir les obligations du mariage*, en AA. VV., *Etudes de Droit et d'histoire. Melanges Mgr. H. Vagnon*, Leuven-Louvain-La Neuve 1976, p. 469.

⁴⁹. Ibidem, p. 470.

⁵⁰. IDEM, *Pour une pratique canonique plus "dialectique", plus "historique"*, en "Revue de Droit canonique" 28, (1978) p. 161.

éste un dato importante que, en sí mismo, manifiesta un alejamiento del CIC83 respecto de la terminología que, según vimos antes⁵¹, venía expresando la tendencia jurisprudencial favorable a situar en el uso, en el ejercicio, en la ejecución y cumplimiento de las obligaciones matrimoniales, la causa determinante de la nulidad del matrimonio. Así lo hizo notar J. Bernhard lamentando la opción hecha por los codificadores: "Mejor habría sido, a nuestro entender, afrontar claramente la hipótesis de los que son incapaces de *realizar* el matrimonio y esto independientemente de la incapacidad de *asumir*"⁵².

Pero este aparente triunfo de la *incapacidad de asumir*, recogida en el texto del c. 1095, 3 de la nueva codificación, con expresa intención de no acoger la *incapacitas adimplendi*, no fue suficiente para que recuperara aquélla su valor propio, desatendido por la supervaloración que se venía haciendo de la incapacidad de cumplir, como fuente determinante de la nulidad del matrimonio y de la propia existencia de la incapacidad de asumir las obligaciones.

En el mantenimiento de esa superestima de la *incapacitas adimplendi*, no favorecida por la letra del c. 1095, 3, influyó especialmente la opinión vertida en los *praenotanda* al *schema de sacramentis*, enviado para su asesoramiento el 2 de febrero de 1975, que, sin atenerse a la *significatio verborum* propia de la literalidad del referido texto canónico, se manifestó con evidente confusión, afirmando que, en esa hipótesis, "el contrayente quizá puede emitir el consentimiento íntegro, pero es incapaz de cumplir el objeto del consentimiento, de donde es también incapaz de cumplir la obligación asumida"⁵³. Según esta explicación, estaríamos ante una hipótesis de *obligación asumida*, que no se adecua a la letra del canon, redactado en referencia directa a la *incapacidad de asumir la*

⁵¹. Notas 34-50.

⁵². *L'incapacité morale...*, p. 461.

⁵³. *Schema "De sacramentis"* p. 14. También en "Communicationes" I (1971) p. 77.

obligación. Por otra parte, esa supuesta *obligación asumida* no tendría valor jurídico alguno, a pesar de haber sido supuestamente *asumida*, porque el sujeto carecería de *capacidad para cumplirla*, concepto éste que no figura en el texto del canon. Es decir, los *praenotanda* hablan de una *incapacidad de cumplir* determinante de la nulidad, la cual no está en el canon, y, al mismo tiempo, dan por supuesto que el canon contempla una *capacidad para asumir la obligación*, lo que justamente es lo contrario de lo que dice la letra del canon, al referirse sólo a la *incapacidad de asumir*.

Además de establecer una falsa contraposición entre una supuesta *capacidad de asumir* –no contemplada en el canon– y una supuesta *incapacidad de cumplir* –que tampoco está en la letra del canon– la cual aniquilaría a la primera, esta confusa interpretación de la letra del canon quiere subsanar el silencio que, respecto de la *incapacidad de cumplir*, guarda el referido texto canónico, como si esta vía fuera suficiente para que tal categoría recuperara la operatividad canónica que le venía dando la tendencia jurisprudencial antes referida, aunque las reservas que tal expresión pudiera levantar desaconsejaran su expresa inclusión en el c. 1095, 3.

La supuesta oposición entre la *capacidad de asumir* y la *incapacidad de cumplir* que, reduciendo a la nada a la *capacitas assumendi*, se manifiesta en la opinión referida, se expresa también haciendo notar que, si el sujeto "es *incapaz de cumplir las obligaciones* derivadas del contrato, sea que fuera o no capaz de asumirlas es incapaz para realizar ese contrato"⁵⁴. El mismo desafecto

⁵⁴. ARZA, *Los homosexuales...*, p. 74. Más ampliamente desarrolla esta opinión una decisión rotal que, en representación de otras muchas, traemos como ejemplo. "No pretendemos hablar aquí de la incapacidad del sujeto referida al consentimiento; pues se dan casos en que el sujeto verdaderamente quiere obligarse y, de hecho, se obliga al menos por un acto humano suficiente, pero el cumplimiento o prestación de la obligación es radicalmente imposible: no hablamos de una mera dificultad aunque sea muy grande sino de la imposibilidad o incapacidad de cumplir la obligación. Subjetivamente entonces la obligación se asume aunque objetivamente el contrato sea radicalmente inválido por la incapacidad de cumplir como en el caso de la impotencia

de fondo hacia la *incapacitas assumendi onera* se observa en la opinión que la considera "un término tan general, que apenas sirve en derecho si no es restringido de un modo más o menos artificial o convencional a un campo más específico"⁵⁵.

Esa misma visión genérica y anfibológica de la *incapacidad de asumir*, que la haría jurídicamente inoperante, si no es concretada en la incapacidad de cumplir, aparece en esta explicación de su significado: "Puede decirse que la incapacidad de *asumir* las obligaciones esenciales del matrimonio está subsumida en la incapacidad de prestar el consentimiento matrimonial por falta de discreción de juicio; pero no es esa la causa de la nulidad del c. 1095, 3, sino la incapacidad de *cumplir*, ya que uno no puede *contraer* ni por lo tanto *asumir* una obligación que no puede *cumplir*"⁵⁶. Estamos, pues, ante una corriente de opinión que desestima el significado propio de la *incapacitas assumendi* si no es a través de la *incapacitas adimplendi*, que viene influenciada por los planteamientos hechos por J. R. Keating, quien ampliaba aún más la operatividad canónica de la *incapacitas adimplendi*, hasta entender que la misma discreción de juicio que postula el consentimiento matrimonial ha de ser entendida como *capacitas ad sese obligandum seu ad obiectum contractus implendum*⁵⁷.

Situando la fuente de la nulidad del matrimonio en la *incapacidad de cumplir*, que suplanta en todo a la *capacidad de asumir*, esta corriente de opinión tiene muchas dificultades para diferenciar el incumplimiento de las obligaciones y la incapacidad de cumplirlas,

psíquica. Pues, en este caso, permanece íntegro subjetivamente el poder de asumir la obligación, pero por la incapacidad de cumplir la obligación, indirectamente ella misma es impedida". C. HUOT, 7. VI. 1979, n. 6, vol. 71, p. 326.

⁵⁵. U. NAVARRETE, "Incapacitas assumendi onera" uti caput autonomum nullitatis matrimonii, en "Periodica" 61 (1972) p. 49.

⁵⁶. J. J. GARCÍA FAÍLDE *Manual de psiquiatría forense canónica*, Salamanca 1991, p. 164.

⁵⁷. J. R. KEATING, *The Bearing of mental Impairment on the Validity of Marriage. Analisis of rotal Jurisprudence*, Roma 1964, p. 165.

habida cuenta de la facilidad con que los psiquiatras y psicólogos encuentran calificaciones propias a toda conducta humana deficiente de hecho. Por otra parte, esta corriente de opinión no puede ya limitar la eficacia operativa de la incapacidad de asumir a las *causas de naturaleza psíquica*, como establece el c. 1095, 3, sino que se verá obligada a dar cabida a toda incapacidad de cumplir por diversidad de caracteres, de personalidad o por otra causa cualquiera que la determine⁵⁸.

Entre las causas determinantes de esa incapacidad de cumplir también incluyen algunos la calidad moral de las personas, su *mos ethicus*, como hábito radicalmente inherente a ellas que les impele a obrar en un cierto sentido. Es evidente que, desde este planteamiento, el *mos ethicus* de muchas personas será tal que, aun habiendo elegido el matrimonio con voluntad libre, no *puedan* luego cumplir las obligaciones asumidas, por su inconstancia y falta de calidad moral. Estamos ante planteamientos que ni tienen interés en precisar la diferencia que media entre la incapacidad de cumplir sobrevenida al matrimonio *in fieri*, ni pueden explicar tampoco por qué ésta sería irrelevante, habiendo situado, en la incapacidad de cumplir, la fuente de la nulidad del matrimonio.

En realidad, parece ser que son éstos unos criterios divorcistas, aunque estén revestidos de una conceptualización distinta de la utilizada al respecto en el Derecho secular; por lo que algunos han hablado de un *divorcio católico* para calificar lo relajado de estos criterios, que ya fueron previstos, como un riesgo contenido en la *incapacitas adimplendi*, por algunas decisiones rotales que iniciaron ese tratamiento jurisprudencial: "El tratamiento de estas causas

⁵⁸. J. J. GARCÍA FAÍLDE, *Manual de psiquiatría forense canónica*, Salamanca 1991, pp. 174-179; J. MARTÍNEZ VALLS, *Algunos aspectos del c. 1095, 3*, en AA. VV., *Curso de Derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro*, X, Salamanca 1992, pp. 266-268; L. RUANO ESPINA, *La incapacidad para asumir las obligaciones esenciales del matrimonio por causas psíquicas, como capítulo de nulidad*, Barcelona 1989, p. 86.

matrimoniales podría llevar consigo una especie de rescisión del matrimonio más que una declaración de nulidad⁵⁹.

Debe hacerse notar también que esta visión de la incapacidad de cumplir, como raíz determinante de la *incapacitas assumendi onera*, ineludiblemente acaba por admitir la suficiencia de una mera incapacidad relativa para el cumplimiento de las obligaciones matrimoniales, con esta determinada persona, como causa suficiente de la nulidad del matrimonio. En relación con este punto, hoy especialmente discutido⁶⁰, debe hacerse notar –con Viladrich– que "la medida de suficiente voluntariedad o capacidad consensual no es directamente entre subjetividades de los contrayentes y relativa a sus irrepetibles subjetividades o personalidades psicológicas, pues esta relación es la compenetración o buen entendimiento psicológico. Y digámoslo clara y

⁵⁹. C. ANNÉ, 25. II. 1969, n. 19, vol. 61, p. 185.

⁶⁰. L. GUTIÉRREZ MARTÍN, *La incapacidad para contraer matrimonio*, Salamanca 1987, pp. 79-82; IDEM, *Incapacidad para consentir en matrimonio. Comentario exegético al c. 1095 del nuevo codex*, en AA. VV., *Curso de Derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro*, VI, Salamanca, p. 108; F. ROMPEDDA, *Annotazioni circa la "incapacitas adsumendi onera coniugalia"*, en "Ius canonicum", 27 (1982), pp. 200-202; P. A. BONNET, *L'incapacità relativa a gli oneri...*, pp. 317-323; F. AZNAR GIL, *La "incapacitas assumendi onera", ¿relativa y temporal?*, en AA. VV., *Curso de Derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro*, VIII, Salamanca 1989, pp. 67 y ss.; M. LÓPEZ ARANDA, *Los fundamentos de la incapacidad psicológica relativa como causa de nulidad matrimonial*, en *Curso de Derecho...*, X, Salamanca 1992, pp. 313 y ss.; C. BURKE, *Reflexiones en torno al c. 1095*, en AA. VV., *Incapacidad consensual para las obligaciones matrimoniales*, Pamplona 1991, pp. 169 y ss.; J. J. GARCÍA FAÍLDE, *¿Basta para que el matrimonio sea nulo, a tenor del c. 1095, 3, la incapacidad relativa?*, en AA. VV., *El matrimonio en España en el año internacional de la familia*, Salamanca 1995, pp. 97 y ss.; IDEM, *La nulidad del matrimonio hoy. Doctrina y jurisprudencia*, Barcelona 1994, pp. 194 y ss.; F. GIL DE LAS HERAS, *La incapacidad para asumir las obligaciones esenciales del matrimonio (su tratamiento en los tribunales españoles)*, en "Ius canonicum", 27, n. 53 (1987) pp. 265-268; C. TRICERRI, *La più recente giurisprudenza della Rota in tema di incapacità a prestare un valido consenso*, en "Monitor ecclesiasticus", 108 (1983) pp. 374-379.

terminantemente: el matrimonio válido no es el que contiene, como elemento esencial, la garantía de compenetración psicológica y comunicación feliz entre los cónyuges. Bienestar conyugal y validez matrimonial no son lo mismo. La vivencia subjetiva y permanente de felicidad no es, como se sabe, un fin objetivo del matrimonio válido, aun siendo generalmente una de las principales motivaciones subjetivas de los casamientos. La validez del matrimonio no es sinónima de facilidad en la convivencia conyugal, y es perfectamente compatible con la dificultad, a veces heroica. En suma, la capacidad consensual es precisamente el poder de autodeterminarse en sí y por sí al matrimonio; por definición, lo que debe poseerse en sí y por sí no puede depender de otros, ya sea de todos o de algunos. La capacidad consensual, en cuanto autosuficiencia de determinación libre y racional del sujeto, en sí y por sí, no puede ser relativa⁶¹.

2. *El valor propio de la incapacidad de asumir*

Antes de que se propusiera la subsunción de la *incapacidad de asumir* por la *incapacidad de cumplir*, según acabamos de ver, ya había dicho algún autor, en el tratamiento de la simulación, que era muy coherente la absorción de la *intentio assumendi obligationem* por la *intentio adimplendi obligationem*: "Ma quando si ritiene possibile la *esistenza* simultanea, cioè nel medesimo atto dispositivo, della volontà di assumere l'obbligazione e de la volontà di non adempierla, si concepisce un assurdo psicologico. L'intenzione di non rispettare l'obbligazione *gia* assunta, è un fatto psicologicamente normale (*cor hominis mobilius omni mobili*), ma la contemporanea intenzione di obbligarsi e, nell'atto stesso di assumere la obbligazione, di non

⁶¹. P. J. VLADRICH, *Comentario al c. 1095*, en AA.VV., *Comentario exegetico al Código de Derecho canónico*, vol. III, Pamplona 1996, p.1239.

e seguirla significa indubbiamente assumere un'obbligazione priva di contenuto: quindi *non* assumere l'obbligazione"⁶².

Todo el razonamiento transcrito gira en torno a un punto que difícilmente puede dar por supuesto un jurista: la identidad en la psicología humana entre el acto de asumir una obligación y la voluntad positiva de cumplir esa misma obligación. Si no hubiera existido el pecado original y, por consiguiente, fuera el ser humano plenamente coherente siempre entre sus planes y las exigencias de los valores normativos, tendría razón Graziani afirmando que es un absurdo psicológico asumir una obligación pensando en la posibilidad de incumplirla. Pero, si alguien está obligado a no olvidar que la psicología humana no se mueve en plena coherencia, entre las obligaciones y los comportamientos personales, es el jurista. Es verdad que otro saber práctico como la teología moral tiene que reconocer la incidencia negativa de una falta de voluntad positiva de cumplir los deberes matrimoniales, calificando como ilícita esa actitud; pero esa ilicitud no es óbice para que el derecho afirme la validez del consentimiento emitido en tal situación. Y no se crea que esta necesidad de distinguir entre la validez y la licitud, sin que esto implique un absurdo psicológico, es una imperfección del método canónico. La misma doctrina sacramentaria conoce, tan a fondo, la imperfección de la psicología humana, que tiene prevista la posibilidad de que el mismo acto humano que han de poner el ministro o el sujeto de un sacramento, en el *feri* del mismo, pueda ser pecaminoso y válido al mismo tiempo⁶³.

Por lo que se refiere al uso indiferenciado de los verbos *asumir* y *cumplir* en el ámbito de la incapacidad, ha sido la pluma de M. F. Pompedda una de las que ha empleado expresiones más vivas para lamentar las oscuridades, los disparates y las aberraciones corrosivas dimanantes de la utilización indiferenciada de esos dos verbos: a este respecto, "puede considerarse un ejemplo emblemático la utilización

⁶². A. GRAZIANI, *Sulla esclusione della fedeltà coniugale*, en "Il Diritto ecclesiastico", 1948, p. 298.

⁶³. TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.* 3, q. 69, a. 9; q. 72, a. 7; *Suppl.* q. 36. a. 1.

indiferenciada del verbo *asumir* y del verbo *cumplir*: En efecto, aun admitiendo, en el plano teórico, la imposibilidad de demostrar sino sólo *a posteriori* dicha incapacidad para las obligaciones conyugales, permanece siempre el postulado de que esa incapacidad sólo puede tener eficacia y relevancia canónica si existe en el momento del consentimiento. Pero la ambigüedad o la inadvertencia, querida o no querida, fácilmente podría inducir (o ya ha llevado a alguno?) a considerar también en el plano sustancial, y no sólo en el procesal o de prueba jurídica, la incapacidad de *cumplir* como comportamiento sucesivo automáticamente apto para producir efectos jurídicos. Ni vale apelar a una *revalorización* o más atenta consideración del *matrimonium in facto esse*: porque es indudable –so pena de hacer un vuelco esencial de la naturaleza misma del matrimonio canónico– que todo lo perteneciente a la sociedad conyugal nacida del matrimonio, sea entendida teóricamente o sea referida a la realidad existencial del matrimonio individual y concreto, sólo puede tener relevancia jurídica si es referible a la causa eficiente del matrimonio mismo, es decir, al momento en que se expresa el consentimiento⁶⁴.

De ahí la importancia de atenernos rigurosamente al verbo empleado por el c. 1095, 3. En este sentido se pregunta V. Guitarte: "¿por qué el legislador utiliza el verbo *asumir*? Como es bien sabido –sigue diciendo el autor–, el empleo alternativo de *asumir* o *cumplir* es frecuente en la doctrina, entre ilustres comentaristas del reciente Código y en la propia jurisprudencia. ¿Se trata, sin más, de términos sinónimos? Me parece que hay una precisa intención por parte del legislador en la elección del verbo *asumir*. El recorrido en *Communicationes* de los debates de la elaboración del texto legal permite advertir la preocupación porque tal incapacidad no *implicase la aceptación, como nulidades, de los fracasos de compenetración psicológica originados en el 'in facto esse'*. Me parece que éste es el núcleo de la preocupación y la razón por la que el legislador ha

⁶⁴. M. F. RÖMPEDDA, *Annotazioni circa la "incapacitas adsumendi onera coniugalia"*, en "Ius canonicum", 22, n. 43 (1982) pp. 189-190.

preferido el término asumir y no el de cumplir. Con el empleo del término cumplir el legislador habría querido facilitar una interpretación de la tercera incapacidad del c. 1095 limitada a la verificación de que hay un efectivo incumplimiento a lo largo de la vida matrimonial, un demostrable fracaso en la ejecución de tales obligaciones, porque el cumplimiento y la ejecución han de acontecer forzosamente en el *in facto esse*. Desde esta perspectiva *el empleo del término cumplir no garantizaría la esencial distinción entre los incumplimientos cuya raíz arranca de la incapacidad del sujeto en el 'in fieri' de aquellos otros incumplimientos, quizá idénticos en el terreno de los hechos, pero cuya raíz se ha producido en algún momento del 'in facto esse'*. Obsérvese ahora que el verbo asumir nos reconduce fuertemente al momento del consentimiento, al *in fieri*, porque sólo entonces es posible asumir las obligaciones, cuya ejecución y cumplimiento sólo pueden observarse, sin embargo, en el *in facto esse*"⁶⁵.

Que el legislador ha querido referir al consentimiento la causa de nulidad contemplada en el c. 1095, 3, le parece claro a M. López Alarcón por el hecho de haber empleado el verbo *asumir*: "A este vocablo –dice este autor– se le atribuye con criterio impropio el significado de cumplir y, en este sentido, se afirma reiteradamente que asumir las obligaciones esenciales del matrimonio equivale a cumplirlas y que el sujeto es incapaz de asumirlas cuando es incapaz de cumplirlas. Equivalencia de vocablos que se va generalizando, siendo común escribir *asumir o cumplir, asumir/cumplir* o, simplemente, el empleo indiferenciado de asumir y cumplir. La única especificación que se añade al término asumir es su función de situar la incapacidad de cumplir en el momento del perfeccionamiento del matrimonio, a fin de dejar clara constancia de la ineficacia anuladora, en este caso, de la incapacidad de cumplimiento sobrevinida a la celebración del matrimonio (...) Este criterio equiparador de asunción y cumplimiento

⁶⁵. V. GUITARTE, *Una contribución a la teoría de la capacidad psíquica en el negocio jurídico matrimonial a partir del c. 1095*, en "Revista española de Derecho canónico", 45 (1988) p. 642.

ha encontrado eco bastante generalizado en la práctica porque su simplicidad interpretativa satisface una acomodaticia aplicación del n. 3 del c. 1095, pero no despeja las dudas suscitadas sobre el significado y alcance de este vocablo desde que comenzó a usarse por la jurisprudencia⁶⁶.

Insistiendo en la necesidad de diferenciar el significado de los verbos asumir y cumplir, P. J. Viladrich hace ver los valores de fondo que están en juego: "Se convendrá en la dosis de equivocidad que tienen los términos *cumplir* o *realizar*, que a veces se utilizan para traducir el *assumere* del c. 1095, 3. La técnica exegética que aquí debe aplicarse es la misma que la empleada para diferenciar los fines del matrimonio en su principio y en sus efectos, en su constitutivo principal de una dinámica o en la efectiva consecución de sus resultados, en cuanto *ordenación hacia* o en cuanto *fruto obtenido*. Asumir hace referencia a la capacidad habitual intelectual y volitiva de constituir la ordenación hacia los fines como dinámica obligada en justicia. En modo alguno significa la obligación de obtener efectivamente los resultados de la dinámica del matrimonio hacia sus fines. Por lo tanto, si el empleo del término *cumplir* o *realizar* los deberes esenciales del matrimonio pretende significar que es incapaz para consentir quien incumple o no realiza de hecho los deberes conyugales a lo largo del *in facto esse*, nos hallaríamos ante insalvables contradicciones para la comprensión canónica del matrimonio y de su regulación. Por de pronto, el incumplidor por propia voluntad, en el caso de la fidelidad, no habría excluido según la tradicional interpretación del c. 1101, puesto que excluir se refiere al derecho a la fidelidad y al acto de contraer, y no al

⁶⁶. M. IÓPEZ ALARCÓN, *La "incapacidad de asumir" como defecto del consentimiento matrimonial*, en AA. VV., *Curso de derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro*, X, Salamanca 1992, pp. 289-290.

incumplimiento *de facto* durante la convivencia matrimonial, que en eso consiste el adulterio"⁶⁷.

En efecto, el cumplimiento de la obligación no pertenece a la esencia del matrimonio, por ser extrínseca a él, y la posibilidad de ese cumplimiento depende muchas veces de causas extrínsecas al mismo matrimonio. Hay que recordar, en este punto, la doctrina de Santo Tomás sobre la diferencia existente entre el *esse rei* y el *usus suus*, referida precisamente a propósito del cumplimiento y efectiva obtención de los *bona matrimonii*: "en sí mismos considerados, la fidelidad y la prole pertenecen al uso del matrimonio, por el cual se produce la prole y se guarda el compromiso conyugal; pero la indisolubilidad, que importa el sacramento, pertenece al mismo matrimonio en sí mismo considerado (...) de ahí que el matrimonio no se da nunca sin la indisolubilidad; pero se da sin la fidelidad y sin la prole, porque el ser de una cosa no depende de su uso: en este sentido el sacramento es más esencial que la fidelidad y la prole"⁶⁸.

De ahí que K. Lüdicke haya destacado la necesidad de atenerse al significado específico de las palabras empleadas por el legislador: *incapacidad de asumir* y no *de cumplir*; porque la validez del matrimonio depende de la capacidad en el momento de consentir y no del cumplimiento ulterior de las obligaciones. Este no forma parte del consentimiento, pues hace referencia al estado conyugal. Por consiguiente, lejos de atribuir un efecto retroactivo a un comportamiento contrario a las obligaciones asumidas, como afirma algún autor, ha de ser valorado por el juez en orden a la determinación de si existió o no la capacidad de asumir⁶⁹. Discrepando de una decisión rota⁷⁰ que basaba la autonomía de la *incapacitas*

⁶⁷. P. J. VLADRICH, *Comentario al c. 1095*, en AA. VV., *Comentario exegetico al Código de Derecho canónico*, vol III, Pamplona 1996, p. 1227.

⁶⁸. *In IV Sententiarum*, dist. 31, q. 1, art. 3; *Suppl.*, q. 49, art. 3.

⁶⁹. K. LÜDICKE, *Le canon 1094 du CIC 1983. Genèse et exégèse*, en "Revue de Droit canonique", 37 (1987), pp. 102-104.

⁷⁰. C. PINTO, 18. VI. 1982, n. 4, 00044.

assumendi onera, no en una incapacidad para obligarse, sino en la incapacidad para *cumplir* la obligación querida, hace notar Mons. E. Colagiovanni que este criterio "anterior al Código, no parece responder a su letra y no da una justificación intrínseca a la autonomía del 1095, 3. Si se admite que la persona fue capaz de obligarse *ad praefata onera* se debe admitir que fue capaz de asumir tales obligaciones. *Obligarse* indica *asumir* sobre sí los compromisos. Si una persona es capaz de asumir, pero incapaz de dar o prestar cuanto ha asumido, estamos entonces en la perspectiva del comportamiento y por tanto de impotencia física o funcional (matrimonio *in facto esse*). Pero la raíz de la autonomía debe buscarse más a fondo en la misma incapacidad de asumir las obligaciones"⁷¹.

La gran densidad jurídica y vital del consentimiento matrimonial, que no se agota en el puro contenido psicológico de un acto humano cualquiera, sino que determina el nacimiento de una relación jurídica que obliga durante toda la vida a una conducta divinamente ordenada, no autoriza, sin embargo, para ver la capacidad actual de obligarse proyectando, sobre la futura capacidad de cumplir, una capacidad de querer el matrimonio, que debe determinarse en razón del valor que el ordenamiento canónico atribuye, a ese acto con efectos de futuro, a pesar de ser transeunte desde el punto de vista psicológico. "El pacto conyugal –ha escrito J. Carreras– es una acción humana en la que dos personas se dan y aceptan en un momento concreto de sus vidas, en un *presente*. En este presente, cada uno de ellos *quiere* ser consorte del otro para el resto de sus vidas, pero eso no significa que el *futuro* constituya el objeto de aquella acción. En cuanto que no es posible al hombre –a pesar de sus deseos– darse de un solo golpe a la persona amada, el pacto conyugal parece consistir en un compromiso de todo el futuro de la persona. Por eso es muy fácil tratar esa autodonación como si consistiese en un pacto de voluntades cuyo objeto es

⁷¹. E. COLAGIOVANNI, *Lack of Discretion of Judgement and Incapacity to assume the essential Obligations of Marriage. Canonical Jurisprudence and Interpretation*, en "Forum. Review of the Maltese Ecclesiastical Tribunal", 1 (1990) p. 82.

constituido por las *obras propias del amor*, por la actualización futura del compromiso inicial. Se obtiene así una visión idealizada – pero irreal– del momento constitutivo del matrimonio. Idealizada, porque responde a un deseo de todo amante que –debido a su finitud– no puede amar de una vez por todas y no le queda más que comprometer el futuro irreal, porque el futuro se promete, pero no se da... porque no se tiene. Cuando uno de los esposos no es fiel a su compromiso, la infidelidad cometida en un momento dado no destruye ni la realidad de la vida conyugal anterior ni la autenticidad del pacto conyugal.

"El hecho de que en un futuro las obligaciones no puedan ser cumplidas no impide, en absoluto, que la persona se entregue ahora y continúe amando conyugalmente después. Es decir, no impide la esencia del pacto conyugal que consiste en la autodonación actual y recíproca de los nupciales. En otras palabras, el pacto conyugal es una acción (no un *superacto*) que se ejecuta en un instante. El acto de voluntad interna por el que varón y mujer consienten en matrimonio se ejecuta en el mismo momento en que declaran e intercambian su amor en el pacto conyugal. Por esta razón no puede hablarse de incapacidad ejecutiva matrimonial, porque el objeto del pacto constituye la unión –la *coniunctio*–, y ésta se realiza en el mismo instante del *in fieri*. (...) Toda incapacidad para ser relevante debe impedir el acto de autodonación que se realiza de una vez por todas en el consentimiento matrimonial"⁷².

3. *Incapacidad de asumir las obligaciones esenciales y falta de discreción de juicio*

⁷². J. CARRERAS, *Los precedentes remotos de la incapacidad de asumir las obligaciones esenciales del matrimonio (c. 1095, 3), pro manu scripto*, Roma 1990, pp. 546-547.

Coincidiendo con Sabattani en que la homosexualidad, "si no está asociada a otras distorsiones de la mente u otros defectos de la voluntad"⁷³, no implica incapacidad para consentir en matrimonio, negó también Tobin que los homosexuales fueran víctimas de irresistibles deseos contrarios a la libre elección del matrimonio; por lo cual, entendió que sólo su incapacidad para la debida calidad en el cumplimiento de sus obligaciones conyugales daba origen a la impotencia moral determinante de la nulidad de su pretendido matrimonio⁷⁴. Así, manteniendo intacto el rigorismo psicológico anterior, que –insensible a las deficiencias del homosexual para consentir– buscaba la posible nulidad de estos casos por la vía de la simulación⁷⁵, se inclinó hacia una incapacidad para cumplir las obligaciones matrimoniales como causa de la nulidad del matrimonio.

En coincidencia de tiempo y de fondo con el planteamiento que acabamos de ver, se produce, también respecto de la ninfomanía, un cambio en la jurisprudencia: apartándose del criterio tradicional que veía en ella una incapacidad para consentir⁷⁶, se aplica ahora el mismo rigorismo psicológico, antes desconocido respecto de la ninfomanía, afirmando que sólo su repercusión contraria al uso exclusivo del cuerpo tiene significación contraria a la validez, en cuanto impedimento operante en el matrimonio *in facto esse* y no como incapacidad para consentir⁷⁷.

⁷³. C. SABATTANI, 20. XII. 1963, n. 3, vol. 55, p. 961.

⁷⁴. W. J. TOBIN, *Homosexuality and Marriage*, Roma 1964, p. 201

⁷⁵. C. PARRILLO, 2. VIII. 1929, n. 3, vol. 21, pp. 435-436; C. MASSIMI, 29. V. 1935, n. 3, vol. 27, p. 358; C. DOHENY, 14. XII. 1953, n. 2, vol. 45, p. 766; C. SABATTANI, 21. VI. 1957, n. 8, vol. 49, p. 505; C. HEARD, 27. VI. 1957, n. 2, vol. 49, p. 528; C. LEFEBVRE, 26. IV. 1958, n. 3, vol. 50, p. 278; C. HEARD, 27. VI. 1959, n. 3, vol. 51, p. 347; C. LEFEBVRE, 19. XII. 1959, n. 2, vol. 51, p. 610; C. PINNA, 4. IV. 1963, n. 13, vol. 55, pp. 267-268; C. DE JORIO, 20. XII. 1963, n. 5, vol. 55, p. 962; C. PALAZINI, 28. X. 1970, n. 16, vol. 62, p. 971; C. PARISELLA, 9. I. 1975, nn. 4 y 5, vol. 67, p. 3.

⁷⁶. Vid. supra nota 18.

⁷⁷. C. SABATTANI, 21. VI. 1957, n. 5, vol. 49, p. 503.

A la vista de este rigorismo psicológico, respecto de la ninfomanía, que está en la base de la tendencia que interpreta su incidencia canónica como incapacidad de cumplir las obligaciones del matrimonio *in facto esse*, cobra una significación mayor la línea jurisprudencial que se abre a la percepción del carácter constitucional de la ninfomanía, que, respecto del matrimonio, hace a los sujetos incapaces de una personal decisión crítica, por padecer una predeterminación interna que excluye la libre voluntad para consentir en matrimonio y también para oponerse a él por una voluntad que simula⁷⁸. La ninfomanía puede originar una reacción impulsiva hacia el matrimonio, pero no permite una verdadera decisión personal deliberada que lo elige libremente⁷⁹.

"La ninfomaniaca –ha escrito Villegiante– quizá quiere y promete asumir los deberes de la fidelidad, pero esta promesa suya es pura *palabra oral*, por ser incapaz de prometer, porque su voluntad no goza del grado de libertad necesaria y, por tanto, se halla inevitablemente impedida en el momento mismo de la promesa (...). A la opinión que sitúa el problema en el matrimonio *in facto esse* y en el *usus matrimonii*, y no en el *in fieri*, se le debe recordar la doctrina de Santo Tomás: 'la pasión, cuando es tan intensa que quita por completo el uso de la razón (...), si la causa no es voluntaria, sino natural, por ejemplo, cuando alguien, por enfermedad o una causa semejante, incide en tal pasión que pierde totalmente el uso de la razón, el acto entonces se hace del todo involuntario'⁸⁰. (...). Por tanto, el problema, existente al momento de contraer el matrimonio, no se refiere al matrimonio *in facto esse*, sino al matrimonio *in fieri*

⁷⁸. S. VILLEGGIANTE, *Ninfomania e cause di nullità matrimoniale*, en "Il Diritto ecclesiastico", 1960, II, pp. 162-163, 168, 186-188; IDEM, *Rilevanza giuridica dell'omosessualità nel consenso matrimoniale*, en AA. VV., *Chiesa dopo il Concilio*, II, Milano 1972, pp. 1363-1364.

⁷⁹. C. PINNA, 4. IV, 1963, nn. 4-6, vol. 55, pp. 258-261; C. LEFEBVRE, 18. I. 1969, n. 3, vol. 61, p. 48; C. RINTO, 4. II. 1974, n. 5, vol. 66, pp. 38-40; C. SERRANO, 30. IV.1974, nn. 3-5, vol. 66, pp. 305-307; C. MERCIECA, 17. VII. 1974, nn. 2-3, vol. 66, p. 561.

⁸⁰. *S. Th.*, I-II, q. 77, art. 7.

(...). Ni parece aceptable el criterio que sitúa en la impotencia, como impedimento, la incidencia negativa de la ninfomanía que hace imposible el *uso exclusivo* del cuerpo, pues, aunque es verdad que la ninfomaniaca debe ser considerada *incapax ad obligationem fidei assumendam* y que no puede transferir a la comparte el *ius exclusivum in proprium corpus*, a este condicionamiento patológico, como pura y simple constatación de hecho, no se le puede reconocer el valor jurídico de impedimento de impotencia. Es necesario ir más al fondo, detectar la causa de ese hecho y ver por qué la ninfomaniaca no puede transferir a la comparte el *ius exclusivum*: hay un *defectus internae libertatis*, y, por tanto, un defecto de consentimiento⁸¹.

Si este planteamiento rectifica el rigorismo psicológico, que sólo podía buscar la nulidad del matrimonio de ninfomaniacas por la vía de la simulación o de la incapacidad de cumplir, también da origen a una importante innovación respecto de la homosexualidad. En efecto, en relación con esta anomalía, el rigorismo psicológico se había manifestado con peculiar crudeza hasta los años 60 de nuestro siglo, por entender que no impediría las actividades del entendimiento y de la voluntad. G. Candelier⁸² ha destacado la tardía rectificación hecha por la jurisprudencia en este punto: "En los últimos decenios, son muy claros los testimonios de ponentes rotales que ven, desde esa misma perspectiva (desde una deficiencia en la libertad del consentimiento) la incidencia de esta anomalía en la nulidad del matrimonio". Mons. Serrano se hace eco de las opiniones de los psiquiatras que destacan la fuerza anómala del estímulo homosexual sobre la voluntad, que cuestiona la libertad del compromiso, pues "todos los autores están de acuerdo en asimilar esta anomalía a ciertos grados de inmadurez de la persona"⁸³. Otra decisión C. Davino destaca que, en lugar de hablar de un

81. S. VILLEGIANTE, *Ninfomania e difetto di consenso*, en "Il Diritto ecclesiastico", 1960 II, pp. 320-322.

82. G. CANDELIER, *Homosexualité et incapacité de donner un consentement matrimonial valide*, en "Monitor ecclesiasticus" 111 (1986) p. 310.

83. C. SERRANO, 30. IV. 1974, nn. 4 y 10 vol. 66, pp. 306-307 y 309-320.

consentimiento nulo por falta de objeto, "se puede decir más exactamente que hay, en este caso, una incapacidad radical para determinarse libremente al matrimonio, pues los homosexuales no son atraídos por el matrimonio, sino por otra cosa, incluso cuando contraen matrimonio"⁸⁴. "El homosexual –se dice en una C. Parisella– es incapaz de apreciar –y también de dar y recibir– el derecho sobre el cuerpo tal como debe ser, según el derecho natural, para que sea conyugal; la homosexualidad polariza el instinto en su sentido; por ello, la voluntad no es libre de querer en su modo propio la relación heterosexual"⁸⁵. En parecidos términos se expresa una C. Huot: "La tendencia homosexual por sí misma no destruye las facultades intelectivas, también el homosexual puede conservar la actividad de inteligencia y de voluntad perfecta, o al menos suficiente, pero cuando cede al instinto, toda su personalidad sucumbe fácilmente. Es dominado por esta desviación hasta el punto de no poder oponer una resistencia eficaz, la inteligencia y la voluntad son afectadas hasta tal punto que el sujeto no podrá poner un acto humano, al menos en relación con la alianza conyugal, por falta de discernimiento"⁸⁶.

⁸⁴. C. DAVINO, 18. XII. 1975, n. 2, vol. 67, p. 732. "El homosexual está obligado a evocar fantasmas homosexuales para llegar a una unión con su esposa" y " todos sus fantasmas eróticos son homosexuales y sus ensoñaciones tienen temas homosexuales", lo que implica "una manera homosexual de pensar, de sentir de amar"; también la unión conyugal con la esposa se convierte en "una suerte de masturbación de la que está ausente la comparte como persona". M. ECK, *Sodome, essai sur l'homosexualité*, cit. por C. CANDELIER, *Homosexualité...*, p. 312.

⁸⁵. C. PARISELLA, 11. V. 1978, n. 11. vol. 70, p. 291.

⁸⁶. C. HUOT. En parecidos términos se manifiestan otras decisiones: C. LEFEBVRE, 20. X. 1966, nn. 2-3, vol. 58, pp. 718-719; C. LEFEBVRE, 2. XII. 1967, n. 4, vol. 59, p. 800; C. EVERS, 22. VI. 1968, n. 2, vol. 60, pp. 477-478; C. FERRARO, 14. III. 1969, nn. 7-11, vol. 61, pp. 277-279; C. EVERS, 20. I. 1973, n. 3, vol. 65, pp. 29-30; C. DAVINO, 18. XII. 1975, n. 2, vol. 67, p. 732; C. DI FELICE, 18. X. 1980, n. 3, vol. 72, pp. 661-662; C. AUGUSTONI, 23. III. 1982, n. 3, vol. 74, p. 127; C. GIANNICCHINI, 19. VII. 1983, n. 3, vol. 75, p. 455.

No radica el origen de esta incapacidad en que el homosexual sea más o menos consciente de la propia capacidad para consentir en matrimonio, sino en que sus condiciones psico-físicas no le permiten emitir el consentimiento, no tiene capacidad de querer⁸⁷. La armónica operación de las facultades superiores consiguiente a las tendencias propias de una sensibilidad normal, base para que el sujeto pueda ejercer su personal capacidad crítica respecto del matrimonio, es imposible para el homosexual; porque su cogitativa, lejos de hacer una estimación positiva de los valores del otro sexo, que nutra la motivación para querer el matrimonio, distorsiona tales valores psicológicos por la fuerte atracción que le provocan las personas del mismo sexo⁸⁸.

Los motivos que inducen al homosexual a querer casarse – esperanza de curarse, medio de librarse de las sospechas de otros sobre su conducta anómala, demostrarse a sí mismo que puede comportarse con potencia sexual etc.– no pueden considerarse canónicamente irrelevantes, como lo son los motivos que, al sujeto normal, le mueven a querer el matrimonio, pues las anomalías en la motivación son fundamentales siempre que se ha de juzgar un acto humano y el valor de una elección voluntaria singular⁸⁹.

Esta firme persuasión de la incapacidad psicológica de homosexuales y ninfomaníacas para consentir en matrimonio la expresa una serie de decisiones rotas como incapacidad para asumir las obligaciones matrimoniales; pero dando a esta expresión una significación diferente a las que hasta ahora hemos observado. En efecto, no se habla ahora de una incapacidad para cumplir el objeto del contrato o de un impedimento respecto de las obligaciones

87. O. FUMAGALLI CARULLI, *Il matrimonio canonico dopo il Concilio. Capacità e consenso*, Milano 1978, pp. 218-219.

88. E. TEJERO, *La discreción de juicio para consentir en matrimonio*, en "Ius canonicum" 22, n. 44 (1982), pp. 490-509.

89. CH. J. RITTY, *Possible invalidity of Marriage by reason of sexual Anomalie*, "The Jurist" 71, (1982) pp. 403-404; G. VERSALDI, *Elementa psychologica matrimonialis consensus*, en "Periodica", 71 (1982), pp. 185-186.

propias del matrimonio *in facto esse*, sino de una incapacidad de asumir que impide, a quienes padecen la patología psicosexual que venimos considerando, asumir las obligaciones matrimoniales, por "tratarse de una enfermedad psíquica que es causa o que impide que el consentimiento matrimonial estime adecuadamente el objeto del contrato y se atenga a él (...) Es necesario un consentimiento matrimonial capaz de discernir el objeto propio del instituto y contrato matrimonial. Por tanto, los que no son hábiles o capaces de emitir un consentimiento libre, por el que se comprende lo que esencialmente lleva consigo el matrimonio, o no son capaces de asumir las obligaciones esenciales, no pueden contraer válidamente"⁹⁰.

Aunque algún ponente rotal denomine a esta situación impotencia moral o impedimento, no es ello óbice para considerarla asentada sobre la incapacidad del sujeto para percibir y querer el objeto del contrato: "Es necesario que el acto de la voluntad sea capaz de percibir y aceptar el objeto propio del instituto que por fuerza del contrato engendra el matrimonio en su ser propio. Por tanto, los que no son hábiles o incapaces de emitir un consentimiento por el que se conoce lo que lleva consigo el matrimonio esencialmente o no pueden asumir las obligaciones esenciales del matrimonio no contraen válidamente. Esta incapacidad proviene de varias causas que la jurisprudencia indica genéricamente bajo las anomalías de la personalidad que originan grave daño al entendimiento y a la voluntad y, por consiguiente, pueden constituir defecto del debido consentimiento matrimonial"⁹¹. En este mismo sentido, ha entendido la Signatura Apostólica que no se da la impotencia moral que dirime el matrimonio si no es el cónyuge incapaz de juzgar sobre el objeto del matrimonio o de emitir el consentimiento matrimonial"⁹².

⁹⁰. C. FAGIOLO, 23. I. 1970, nn. 2 y 3, vol. 62, pp. 70-71.

⁹¹. C. FAGIOLO, 27. XI. 1970, n. 6, vol. 62, p. 1096.

⁹². Carta de 30. XI. 1971, n. 4, en I. GORDON-Z. GROCHOLEWSKI, *Documenta recentiora circa rem matrimonialem et processualem*, Romae 1977, p. 20.

Como se ve, estamos ante una visión de la incapacidad de asumir que no la refiere al ámbito del cumplimiento del objeto o de las prestaciones propias del matrimonio *in facto esse*, sino que se abre a una captación más amplia de su significado integrando la dimensión objetiva y subjetiva de tal incapacidad, la cual: "a) en sí misma considerada impide la fuerza objetiva del consentimiento matrimonial, por faltar el objeto mismo del contrato; b) pero considerada en el sujeto arruina el consentimiento mismo, por impedir la discreción de juicio proporcionada al matrimonio"⁹³. Como ha dicho Mons. Serrano, desde esta perspectiva, "no existe verdadera disparidad entre la incapacidad de asumir y la falta de discreción de juicio ni exigen necesariamente una diversa proposición, como lo demuestra el que ambas implican una incapacidad genérica del sujeto para consentir y una invalidez para consentir conyugalmente"⁹⁴.

A partir de las connotaciones que la fenomenología atribuye al acto de conocer, como toma de conciencia de la relación con el otro atribuyéndole un valor que lleva a vivir al otro, cuando le conozco, como realidad vivida, ha hecho notar P. Colpi que el conocimiento del matrimonio y del consorte no es reducible a una abstracción jurídica que pretende la adquisición de derechos por la vía del

⁹³. C. DI FELICE, 17. I. 1976, n. 3, en "Ephemerides", 32 (1976) p. 284; C. PARISELLA, 23. II. 1978, n. 5, vol. 70, p. 74.

⁹⁴. C. SERRANO, 19. III. 1978, n. 3, vol. 70, p. 320. En este sentido se expresan también otras decisiones: C. MASALA, 12. III. 1975, n. 8, vol. 67, p. 137; C. PALAZZINI, 8. X. 1975, n. 12, vol. 77, p. 544; C. PARISELLA, 25. XI. 1976, n. 7, vol. 68, p. 462; C. BRUNO, 18. III. 1979, n. 3, vol. 71, p. 271; C. PINTO, 18. XII. 1979, n. 3, vol. 71, p. 587; C. DI FELICE, 12. XI. 1977, n. 5, vol. 69, p. 453; C. BRUNO, 22. II. 1980, n. 5, vol. 72, p. 128; C. DI FELICE, 18. X. 1980, n. 3, vol. 72, p. 661; C. MASALA, 20. IV. 1982, n. 8, vol. 74, p. 170; C. BRUNO, 21. VII. 1983, n. 3, vol. 75, p. 474; C. HUOT, 2. X. 1986, n. 9, vol. 78, p. 501. J. I. BAÑARES, *Breve síntesis sobre criterios de distinción entre falta de discreción de juicio e incapacidad de asumir en las sentencias recientes de la Rota Romana*, en AA. VV., *Incapacidad consensual para las obligaciones matrimoniales*, Pamplona 1995, pp. 186-189, ha destacado que gran parte de las decisiones rotales recientes hacen una fusión de ambos capítulos de nulidad o una acumulación específica.

contractualismo, sino la donación, integración y fusión de los esposos. Visto el consentimiento desde esta perspectiva de modalidad intencional, en el cual los sujetos viven su elección integrativa, no tiene sentido hacer una distinción entre el *defectus discretionis*, como defecto del entendimiento o de la libre voluntad, y la incapacidad para realizar la comunidad de vida. "La distinción no tendría significado en el plano existencial y tampoco en el plano jurídico. En la fenomenología unitaria de la elección del consorte de vida, existencialmente fundamental, el entender, el querer y el amar son un todo, son la tendencia a la integración recíproca: ésta existe entonces o no, entonces es vivida o no. Si no existe, no nace la institución. No se trata, por tanto, de precisar si al consentir existía la capacidad de contraer haciendo entrar en ella, o directamente como *defectus* o indirectamente como *defectus objecti*, la capacidad de satisfacer sucesivamente los compromisos y las obligaciones asumidas en su vida futura. Se trata más bien de analizar si existió o no al consentir la realización de la relación intencional que, para ser tal, requiere la necesaria madurez para la integración interpersonal, *justamente porque el consentimiento no puede ser otra cosa que expresión esencial de tal integración*"⁹⁵.

En este planteamiento, se hace una perfecta equiparación entre la incapacidad de asumir y la incapacidad de consentir en matrimonio: "Esta especie de incapacidad se puede dar cuando el que contrae, por causas de naturaleza psíquica (...), no puede ofrecer un consentimiento matrimonial suficiente o válido al asumir las obligaciones esenciales del matrimonio en la celebración de las nupcias (...) por eso se puede decir que padece incapacidad psíquica de asumir los deberes matrimoniales el nupturniente que, a causa de una grave anomalía psíquica, no puede obligarse a constituir el consorcio"⁹⁶. Esta equiparación de la incapacidad de asumir y de la

⁹⁵. P. COLPI, *Precedenti dottrinali e giurisprudenziali del c. 1095 nn. 2-3 "defectus discretionis iudicii" e "incapacitas assumendi onera coniugalia"*, en "Monitor ecclesiasticus", 109 (1984), p. 358.

⁹⁶. C. RAGNI, 15. I. 1991, n. 3, vol. 83, p. 3.

incapacidad de consentir permite contemplar los supuestos todos del c. 1095 como determinaciones de la incapacidad de consentir: "El c. 1095 define la *incapacidad* para dar el consentimiento, es decir, la incapacidad de consentir mediante la especificación o identificación o distinción de tres supuestos de hecho de tal incapacidad"⁹⁷.

A diferencia de las opiniones vistas en apartados anteriores, que sitúan la incapacidad de asumir en el ámbito de la actividad ejecutiva, más allá de la incapacidad de entender y de querer, los planteamientos que ahora venimos considerando mantienen una sintonía plena con la doctrina que recientemente ha expuesto Juan Pablo II: "La hipótesis de una verdadera incapacidad sólo es posible en presencia de una seria forma de anomalía que, de cualquier modo que se la quiera definir, debe afectar sustancialmente la capacidad de entender y/o de querer del contrayente"⁹⁸. Una determinación, tan de fondo como ésta, no ha podido por menos de encontrar ecos explícitos en la jurisprudencia de los últimos años⁹⁹. Pero quizá ha sido Mons. J. J. García Faílde quien ha percibido mejor la grave incidencia que esta enseñanza del Papa tiene sobre el modo de entender la incapacidad de asumir las obligaciones matrimoniales: "Si esto es así, habrá que concluir que, según el Papa, la anomalía psíquica tiene que ser, para que produzca la incapacidad de asumir/cumplir, de tanta gravedad, que produzca el grave defecto de discreción de juicio; y entonces, ¿en qué se diferencia, en cuanto a la causa, el n. 3 del c. 1095 del n. 2 de ese mismo canon?"¹⁰⁰.

Sin tener en cuenta la incidencia del magisterio de Juan Pablo II sobre esta cuestión, ha tratado de responder a ella M. López Alarcón

⁹⁷. C. DORAN, 14. II. 1991, n. 8, vol. 83, p. 85.

⁹⁸. *Discurso a la Rota Romana*, de 5. II. 1987, n. 7.

⁹⁹. C. CORSO, 13. V. 1988, n. 8, vol. 80, p. 289; C. JARAWAN, 15. XII. 1989, n. 9, vol. 81, p. 679; C. PALESTRO, 5. VI. 1990, n. 6, vol. 82, p. 480; C. DORAN, 14. II. 1991, n. 14, vol. 83, pp. 87-88; C. STANKIEWICZ, 27. II. 1992, nn.11-15, vol. 84, pp. 109-111; C. RAGNI, 19. V. 1992, n. 6, vol. 84, p. 266; C. BOCCAFOLA, 28. II. 1992, n. 9, vol. 84, p. 129.

¹⁰⁰. J. J. GARCÍA FAÍLDE, *La nulidad matrimonial hoy. Doctrina y jurisprudencia*, Barcelona 1994, p. 207.

así: "En orden a precisar el sentido del término asumir, una interpretación literal tendría que eludir toda referencia al cumplimiento, pues el texto del c. 1095, 3 se refiere a incapacidad para asumir obligaciones; pero esta interpretación ha de descartarse para no reconducir el caso al contenido del c. 1095, 2 que se refiere, precisamente, a la incapacidad para discernir y, por consiguiente, para asumir obligaciones y derechos esenciales del matrimonio ya que para asumir se necesita tener discreción de juicio. Así que no hay más remedio que insertar el término cumplimiento en la reelaboración interpretativa del n. 3 del mismo canon para configurar, según la intención del legislador, un autónomo y propio capítulo de nulidad"¹⁰¹.

A diferencia de esta opinión que introduce, más allá de la letra de la ley, el término *cumplimiento* para *consolidar* las diferencias entre los nn. 2 y 3 del c. 1095, P. J. Viladrich ha destacado la importancia de mantener la capacidad consensual, como categoría que da unidad a los tres nn. del c. 1095: "La existencia conceptual y la utilización exegética de esta pieza común es decisiva para evitar los graves errores que se derivarían de suponer que el c. 1095 establece tres incapacidades para el matrimonio (...). La primera consecuencia es que el fundamento de la eficacia irritante de cualquiera de los tres criterios legales de medida, contenidos en los tres apartados del c. 1095, ha de ser común: debe implicar un defecto entero o absoluto de aquella libre y racional voluntariedad que es propia del consentimiento válido. Los tres son defectos de la misma y única capacidad consensual"¹⁰².

Sobre esa afinidad de fondo existente entre los tres nn. del c. 1095, la línea diferenciadora entre el 2 y el 3, a partir del mismo texto

¹⁰¹. M. LÓPEZ ALARCÓN-M.C. SÁNCHEZ ABRIL, *La "incapacidad de asumir" como defecto de consentimiento matrimonial*, en AA. VV., *Curso de Derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del Foro*, Salamanca 1992, p. 292.

¹⁰². P. J. VLADRICH, *Comentario al c. 1095*, en AA. VV., *Comentario exegético al Código de Derecho canónico*, Pamplona 1996, vol. III, pp. 1244-1245.

legal, debe trazarse tomando en consideración los conceptos *grave defecto de discreción de juicio* (n. 2) y *causas de naturaleza psíquica* (n. 3). A este propósito ha dicho López Alarcón que la patología psíquica contemplada en ambos nn. "es susceptible de aplicación más relajada en el caso del n. 3, en el que, por debajo de la enfermedad mental y de la inmadurez psíquica se puede aducir, para configurar la nulidad, un mosaico de causas psíquicas que guardan directa relación con el cumplimiento de las obligaciones esenciales y que, por lo tanto, recaen generalmente sobre la facultad volitiva del sujeto"¹⁰³.

Sin cuestionar la pertinencia de esa *aplicación más relajada* y de esa derivación hacia la *facultad volitiva*, como rasgos de la patología que contemplaría el n. 3, debe tenerse en cuenta, a este propósito, una vez más, el Magisterio de Juan Pablo II: "Se debe tener presente que sólo las formas más graves de psicopatología llegan a afectar la libertad de la persona"¹⁰⁴. A partir de este criterio ha hecho notar J. J. García Faílde que "las formas de anomalía psíquica de que se ocupa la psiquiatría, que podríamos llamar '*ligera*', como estados de borderline, desórdenes de la personalidad consistentes en neurosis y/o en psicopatías, anormalidades psicosexuales, inmadurez afectiva, narcisismo no primitivo, etc. no son ordinariamente de esas '*formas más graves de psicopatología*' que lleguen a '*atacar la libertad sustancial de la persona*', aunque, como enseña la experiencia, convierten al paciente en incapaz para la realización de la relación interpersonal matrimonial"¹⁰⁵.

Estamos, como puede verse, ante un examen sereno que contrasta el Magisterio del Papa con el campo patológico que la jurisprudencia ha venido considerando como ámbito operativo de la incapacidad de asumir. Reconociendo la utilidad de esa comparación de opiniones con el Magisterio pontificio, se debe tener en cuenta, además, que

¹⁰³. M. LÓPEZ ALARCÓN-M.C. SÁNCHEZ ABRIL, *La "incapacidad...*, p. 294.

¹⁰⁴. *Discurso a la Rota Romana*, 25. I. 1988, n. 6.

¹⁰⁵. J. J. GARCÍA FAÍLDE, *La nulidad...*, p. 207.

esas tipificaciones psiquiátricas no eximen al canonista de su obligación de perfilar sus propias categorías de valoración: "Los conceptos psicológicos no siempre coinciden con los canónicos, es de importancia fundamental, de una parte, la individuación de las formas más graves y sus diferencias respecto de las ligeras, hecha a través de un método científicamente seguro, y de otra, tener en cuenta que las categorías pertenecientes a la ciencia psiquiátrica o psicológica no son transferibles de modo automático al campo del Derecho canónico, sin las necesarias adaptaciones, que tomen en consideración la específica competencia de cada ciencia"¹⁰⁶.

En relación con el significado que, en el ámbito canónico, deba darse a la incapacidad de asumir, además de destacar la importancia básica de atenernos a la letra, como criterio primero de interpretación del c. 1095, 3, parece cierta la necesidad de tomar en consideración los criterios dados por Juan Pablo II en sus discursos a la Rota Romana, que acentúan la unidad de fondo existente en los tres nn. de ese canon. Esto nos obliga a poner en cuestión el acierto de las formulaciones doctrinales y jurisprudenciales que, buscando la justificación del n. 3 del c. 1095 –netamente diferenciado del 1 y el 2–, han acabado por sacarlo de la órbita de la capacidad consensual, sometiendo a crisis el principio capital del sistema matrimonial canónico: *consensus facit nuptias*.

Se debe reconocer que aceptando, con el Papa, que sólo puede quedar afectada la capacidad para consentir por una seria anomalía que afecte sustancialmente a la capacidad de entender y/o querer, cae por su base esa autonomía del n. 3 que se venía asentando en una capacidad de ejecutar el matrimonio más allá de la existencia de un consentimiento psicológicamente suficiente, como hemos visto en muchos testimonios recogidos aquí con anterioridad. Pero, a la vista de los criterios expuestos por Juan Pablo II, ya no parece razonable continuar manteniendo esas opiniones, basadas únicamente en la

¹⁰⁶. JUAN PABLO II, *Discurso a la Rota Romana*, 25. I. 1988, n. 6.

supuesta autonomía formal del número de un canon defendida más allá de lo que dice su misma literalidad.

En todo caso, es necesario tener en cuenta el rigorismo psicológico que subyace, como presupuesto, en la tendencia jurisprudencial que entiende la incapacidad de asumir las obligaciones como incapacidad para cumplirlas, el cual, para reafirmar su opción, mantuvo la visión de la falta de discreción en su nivel ínfimo y ha dado origen, por ello, a una mayor resistencia a una visión de la incapacidad de asumir que pueda acercarse a esa visión tan estricta de la incapacidad. Pero es evidente que tal rigorismo es hoy insostenible y que su rectificación abre posibilidades coherentes a la captación de la relevancia negativa que, sobre el consentimiento matrimonial, pueda tener todo el arco de la patología psiquiátrica y psicológica, valorada por el juez en coherencia con los postulados canónicos sobre el consentimiento matrimonial.

III. LA SUPUESTA FUNDAMENTACIÓN DE LA INCAPACIDAD PARA CUMPLIR LAS OBLIGACIONES ESENCIALES DEL MATRIMONIO EN EL DERECHO NATURAL

Los diversos contenidos que, según acabamos de ver, se atribuyen a la incapacidad para asumir los deberes esenciales del matrimonio, no son óbice para que los defensores de esas diversas opiniones entiendan siempre que están fundamentadas en el Derecho natural. De ahí el acierto con que ha hecho notar C. J. Errázuriz que, aspirando el c. 1095, 3 a reflejar el Derecho natural, lo hace mediante esquemas humanos, cuyas formulaciones están necesitadas de ulteriores intentos de perfección formal¹⁰⁷. En todo caso, debe tenerse en cuenta que el grado de dificultad para mantener la coherencia con los postulados del

¹⁰⁷. C. J. ERRÁZURIZ, *Riflessioni sulla capacità consensuale nel matrimonio canonico*, en "Ius Ecclesiae", 6 (1994) p. 456.

Derecho natural no es el mismo para las diferentes opiniones que acabamos de analizar, porque, mientras mantiene una conexión de fondo, con los planteamientos canónicos de siglos anteriores, la tendencia que ve la incapacidad de asumir los deberes esenciales integrada en la incapacidad psicológica para consentir, no cabe decir lo mismo de la tendencia que busca, en la incapacidad psicológica para cumplir esos deberes, la razón de ser de tal incapacidad.

La novedad que este planteamiento supone en el sistema matrimonial canónico se puede percibir en el fondo de las dudas, aspiraciones y temores latentes en las intervenciones de los consultores de la Comisión codificadora del CIC83; pero ha sido poco explicitada por la doctrina y la jurisprudencia que aluden a la fundamentación, en el Derecho natural, de la incapacidad de cumplir los deberes esenciales del matrimonio. Es verdad que no faltan referencias breves a las dificultades graves que esa fundamentación implica; pero, con relativa frecuencia, se reitera una supuesta continuidad entre las dos codificaciones que, en cuanto a la incapacidad de cumplir los deberes matrimoniales, siendo de muy difícil demostración, casi siempre se trata de salvar con vagas alusiones al Derecho natural sin que desvelen las diferencias que median entre la incapacidad de asumir y de cumplir las obligaciones esenciales.

1. *Discrepancias en las valoraciones de carácter general*

Sin que podamos encontrar, en el *iter* redaccional del actual c. 1095, 3, desarrollos específicos sobre su fundamentación propia en el Derecho natural, sí que observamos notables discrepancias en cuanto al acierto con que ese texto logra o no reflejar las exigencias del Derecho de la naturaleza. En una primera referencia sobre este punto, algunos consultores manifestaron una desconfianza de fondo: "No aprueban esta norma, porque consideran que es demasiado laxa y

favorecedora del divorcio y porque entienden que tales casos se pueden resolver adecuadamente por las normas de los nn. 1 y 2¹⁰⁸.

Sin apartarse de esa desconfianza sobre la posibilidad de que la tercera hipótesis del actual c. 1095, 3 plasme adecuadamente las exigencias del Derecho natural, un consultor hacía notar que su redacción "plantea especiales dificultades porque debe salvar todas las exigencias del Derecho natural, del cual la nueva norma ha de ser cierta explicitación. Por tanto, si se puede encontrar una solución apropiada (mediante una formulación oportuna del canon) para expresar el nuevo capítulo de nulidad ya admitido por la jurisprudencia, estará bien tener una norma expresa sobre esta materia en el Código. De lo contrario será mejor que también en el futuro resuelva la jurisprudencia estos casos desde los principios reflejos"¹⁰⁹.

Pero esa necesidad de aspirar a plasmar con fidelidad las exigencias todas del Derecho natural en la futura norma no era compartida por todos los consultores, pues, en la misma sesión, haciéndose eco de alguna opinión anterior, que admitía la posibilidad de que la incapacidad de asumir tuviera la misma eficacia jurídica que un simple impedimento de Derecho eclesiástico positivo o el incumplimiento de las disposiciones sobre la forma canónica¹¹⁰, afirmaba otro de los intervinientes: "No se trata aquí de explicitar el Derecho natural, sino de introducir unas formalidades de Derecho positivo, que tienen fundamento en el Derecho natural"¹¹¹. Aunque este criterio fue contestado inmediatamente por uno de los consultores presentes, quien afirmó que "el nuevo capítulo de nulidad sólo puede admitirse si es exigido por el Derecho natural, pues, de lo contrario, no se puede dar una *ley general* que, en hipótesis, iría contra el generalísimo derecho a las nupcias"¹¹², no constan en

108. *Communicationes*, VII (1975) p. 49.

109. *Communicationes*, VII (1975) p. 50.

110. J. R. KEATING, *The Bearing of mental Impairment on the Validity of Marriage. Analysis of rotal Jurisprudence*, Roma 1964, p. 172.

111. *Communicationes*, VII (1975) p. 50.

112. *Ibidem*.

Communicationes nuevos datos sobre este punto hasta que, en réplica a los Cardenales Palazzini y Knox, quienes consideraban peligrosa la norma del actual c. 1095,3, por prestarse a abusos, hizo notar la secretaría de la Comisión: "Permanezca esa redacción del canon, que simplemente codifica una norma de Derecho natural; si se quitara, el peligro que se teme no se extinguiría, sino que aumentaría"¹¹³.

Estamos ante la afirmación más directa de la certeza de la correspondencia entre el c. 1095, 3 y el Derecho natural. En todo caso, ya puede verse que, ni en este momento ni en ningún otro, se esboza el más mínimo intento de precisar el sentido en que se afirma esa incapacidad, ni de demostrar la coherencia del sentido de tal norma con las disposiciones del Derecho natural. Entre otras razones, las cautelas que se observan en este punto no parecen ajenas a la pluralidad de significados atribuibles al concepto incapacidad de asumir obligaciones esenciales, alguno de los cuales resulta más fácilmente insertable en las exigencias del Derecho natural, mientras otros pueden resultar más difícilmente referibles a tal ámbito.

Por lo que se refiere a la jurisprudencia, habiéndose anticipado al CIC83 en la formulación de la incapacidad de asumir las obligaciones esenciales del matrimonio, no se detuvo a desarrollar con detenimiento la coherencia de este capítulo con los postulados del Derecho natural, si bien encontramos en ella referencias breves con variedad de apreciaciones. Tampoco nos ofrecen los ponentes referencias específicas que fundamenten en el Derecho natural la incapacidad de cumplir, fuera de la invocación de la regla *impossibilium nulla obligatio*, cuyo sentido analizaremos después. En todo caso, se observan muy graves divergencias entre los ponentes rotales respecto al tema que nos ocupa, las cuales sólo pueden ser entendidas teniendo en cuenta la dificultad de la cuestión aludida.

¹¹³. *Relatio ad novissimum schema codicis iuris canonici*, Typis Polyglottis Vaticanis, 1981, p. 255.

Una primera línea de opinión, aunque se hace eco de la controversia existente en el seno de la comisión codificadora¹¹⁴, destaca que los contenidos de Derecho natural que presenta la incapacidad de asumir permiten hablar de una continuidad entre el CIC17 y la fórmula redactada por la comisión codificadora¹¹⁵. Pero no encontramos datos que clarifiquen el sentido en que se afirma esa continuidad, que resulta menos cuestionable en los planteamientos que sitúan la incapacidad de asumir en la órbita de la incapacidad psicológica para consentir, mientras la novedad que implica la consideración de esa incapacidad en el ámbito del incumplimiento de los deberes matrimoniales dificulta en mayor grado la afirmación de esa continuidad de criterio entre el CIC83 y el CIC17. En todo caso, se debe hacer notar que esa supuesta continuidad –no referida a la incapacidad psicológica para consentir, sino para cumplir las obligaciones esenciales–, sin mencionar el Derecho natural, había sido insinuada en los *praenotanda* al *schema* sobre los sacramentos del año 1975: "Aunque los principios de la incapacidad para emitir un consentimiento válido se contienen implícitamente en el derecho vigente, pareció conveniente que los mismos se expresaran en el nuevo código más explícita y claramente"¹¹⁶. La forma más aguda, en la expresión de esta línea de continuidad entre los dos códigos, llega a decir que, respecto de la incapacidad de asumir, "no se trata de establecer una ley nueva, pues más bien parece pertenecer al Derecho natural"¹¹⁷.

114. "Orta inter Consultores Coetus de iure matrimoniali Pontificiae Commissionis Codicis Iuris Canonici recognoscendo controversia circa quaestionem: utrum incapacitas de qua hic agitur sit iuris naturalis vel positivum". C. PINTO, 3. 12. 1982, n. 3, vol. 74, pp. 466-467.

115. C. PINTO, 4. 2. 1974, n. 5, vol. 66, p. 39; C. PINTO, 20. 4. 1979, n. 8, vol. 71, p. 194; C. EWERS, 27. 6. 1981, n. 7, vol. 73, p. 344; C. HUOT, 2. 10. 1986, n. 8, vol. 78, p. 500; C. BRUNO, 28. 10. 1988, n. 8, 00145; C. DAVINO, 6. 7. 1989, n. 1, 00074.

116. *Praenotanda ad schema* 1975, p. 14.

117. C. EWERS, 27. 6. 1981. vol. 73, p. 344.

Situando los términos de comparación entre el CIC17 y la evolución experimentada por la jurisprudencia previa al CIC83, U. Navarrete apunta así la razón explicativa de la novedad que la jurisprudencia aporta: "El CIC17 no refleja explícitamente todos los capítulos por los cuales el matrimonio puede ser nulo con base en el Derecho divino, natural y positivo. Pero la jurisprudencia canónica, que no se guía por el principio positivístico, sino por el principio de la verdad objetiva, dictó sentencias de nulidad de matrimonio ampliando cada vez más este ámbito, porque, atendiendo al progreso de las ciencias humanas, descubrió nuevas razones por las que el matrimonio pueda ser inválido"¹¹⁸.

Esta persuasión sobre la solidez del progreso de las ciencias humanas, como base para descubrir los contenidos del Derecho natural no reflejados antes, que, a nuestro parecer, debe ser contrastada con el Magisterio posterior de Juan Pablo II sobre los presupuestos, inconciliables con la doctrina cristiana, de que parten la psiquiatría y la psicología de nuestro tiempo¹¹⁹, es manifestada también por Mons. M. F. Pompedda¹²⁰, quien insiste en el equilibrio jurídico del c. 1095 y en que su n. 3 es un punto de llegada de la jurisprudencia y de la doctrina anteriores a él¹²¹. Tal relevancia canónica atribuye Mons. Pompedda a estas contribuciones que no duda en considerarlas como constitutivas de un Derecho consuetudinario, que, respecto de la incapacidad de asumir, habría

¹¹⁸. U. NAVARRETE, "*Incapacitas assumendi onera*" *uti caput autonomum nullitatis matrimonii*, en "Periodica", 61 (1972) p. 47. Cfr. L. ANNÉ, "*Le consentement matrimonial et l'incapacité psychique*", en "Ephemerides Iuris canonici", 43-44 (1987-1988) p. 7.

¹¹⁹. *Discurso a la Rota Romana*, 5. II. 1987, n. 2.

¹²⁰. *Il canone 1095 del nuovo Codice di Diritto canonico tra elaborazione preconciliare e prospettive di sviluppo interpretativo*, en "Ius canonicum" 27, n. 54 (1987) p. 538.

¹²¹. *Ibidem*, p. 536; IDEM, "*L'incapacità consensuale*", en AA. VV., *Incapacidad consensual para las obligaciones matrimoniales*, Pamplona 1991, pp. 78-79.

cubierto el vacío antes existente por la supuesta ausencia de una norma legal explícita¹²².

En abierta discordancia con estos planteamientos, otros ponentes rotales manifiestan una oposición, tan radical, hacia este capítulo de nulidad, que llegan a considerar como un abuso a extinguir el tratamiento de la nulidad del matrimonio fundada en él: "Hay un remedio para evitar y hacer desaparecer la arbitrariedad y el abuso, que han ocasionado ya tantos escándalos: sean rechazadas por los tribunales eclesiásticos, desde el principio, las causas eclesiásticas propuestas por incapacidad psicológica para asumir las obligaciones del matrimonio; al menos hasta que la ciencia psiquiátrica o psicológica nos dé argumentos y conclusiones ciertas sobre este punto"¹²³.

En una línea más templada, hace notar otra decisión que, ateniéndose al Derecho aplicable antes de la segunda codificación, el único capítulo de nulidad, cuando existen vicios de la personalidad que afecten a la esfera psíquica o psicosexual, "es el defecto de consentimiento por amencia (cc. 1081 y 1082 CIC17) o el defecto de discreción de juicio"¹²⁴. Lo que se disputa en contra de este criterio, es decir, que la incapacidad de cumplir los deberes esenciales como capítulo diferente de nulidad, que irrita el matrimonio por Derecho natural (...), parece ajeno a la interpretación judicial, ateniéndonos a la legislación actualmente vigente¹²⁵, porque no pertenece a los jueces, sino sólo a la Suprema autoridad eclesiástica la declaración auténtica de cuál sea el derecho divino (natural o positivo cfr. c. 17 § 1 CIC17)

¹²². *Il canone 1095...*, p. 538.

¹²³. C. FIORE, 26. IV. 1977, n. 12, vol. 69, pp. 198-199; IDEM, 28. 2. 1978, n. 10, 00044; C. MASALA, 10. V. 1978, n. 11, vol. 70, p. 267; C. FIORE, 22. II, 1980, n. 11, vol. 72, p. 110; C. DAVINO, 6. VII. 1989, n. 5, 00074.

¹²⁴. C. STANKIEWICZ, 15. VI. 1978, n. 6, vol. 70, pp. 343-344 cita, en este sentido, las decisiones: C. MASALA, 12. III. 1975, n. 6, vol. 67, p. 133; C. DI FELICE, 17. I. 1976; C. FIORE 30. XI. 1976; C. SERRANO, 4. III. 1977; C. DE JORIO, 25. VI. 1977.

¹²⁵. Cfr. cc. 17, § 3; 1708, 2; 1868; 1873, § 1, 3º; 1874, § 4. todos ellos del CIC17.

que impida o dirima el matrimonio (c. 1038, § 1 CIC17) y es derecho privativo de la misma Suprema autoridad constituir, por medio de una ley universal o particular, otros impedimentos impeditivos o dirimentes del matrimonio de los bautizados (c. 1038, § 2)¹²⁶. La necesidad de tomar en consideración estos criterios es más urgente si se tiene presente que, para poder considerar canónicamente relevante cualquier defecto psicológico, sin atender a su incidencia negativa en el consentimiento, es siempre necesaria la positiva intervención del Supremo legislador, porque sólo a él le corresponde establecer impedimentos irritantes¹²⁷.

Desechada la posibilidad de justificar el capítulo de nulidad que nos ocupa en la competencia del Tribunal de la Rota para interpretar auténticamente el Derecho natural, una decisión C. Huot busca en los criterios establecidos por el c. 20 CIC17, respecto de la suplencia de ley, el fundamento jurídico de esa aplicación de la incapacidad de asumir, como capítulo autónomo, que vienen haciendo ciertos ponentes de la Rota: ésta, en sus actuaciones, tiene capacidad para crear y determinar el *estilo y praxis de la Curia Romana*, que es uno de los criterios de suplencia de ley contemplados en ese canon. Sin embargo, los criterios de los tribunales inferiores no son atendibles para rellenar el vacío legal en sentido propio: "Aunque pueden encontrarse en las sentencias de los tribunales diocesanos y de los religiosos la verdad, la sabiduría y la disciplina lógica, no menos que en las sentencias de los tribunales de la Curia Romana, es propio sólo de las sentencias de la Signatura y de la Rota ofrecer una norma que supla la falta de ley o de costumbre"¹²⁸.

Como puede verse, nos encontramos con una verdadera contradicción de opiniones en relación con el punto que acabamos de analizar. Sin que precisen el sentido que dan a la incapacidad

¹²⁶. C. STANKIEWICZ, 15, VI. 1978, n. 6, vol. 70, pp. 343-344.

¹²⁷. M. F. ROMPEDDA, *Annotazioni circa la "incapacitas adsumendi onera coniugalia"*, "Ius canonicum", 22, n. 43 (1982) p. 191.

¹²⁸. C. HUOT, 9. XII. 1982, n. 3, 00167.

de asumir, percibimos en las intervenciones que acabamos de exponer, simultáneamente, las aspiraciones a asumir en las formulaciones canónicas las exigencias de Derecho natural; las persuasiones sobre su lejanía, respecto de ese mismo tipo de exigencias; las dudas sobre la posibilidad de obtener ese logro. Y, como denominador común a esa diversidad de opiniones, la ausencia de unos intentos de verdadera demostración de los asertos, vertidos más bien en forma de persuasiones.

2. *El alcance de la regla "impossibilium nulla obligatio"*

El argumento más rotundo y más reiteradamente ofrecido, para intentar demostrar que se asienta en el Derecho natural la nulidad del matrimonio contraído por quien es incapaz de asumir/cumplir las obligaciones esenciales, proviene de la aplicación, a este ámbito, de la *regula iuris*, contenida en el Digesto de Justiniano: "*Impossibilium nulla obligatio*"¹²⁹ y recogida así en el Derecho de Decretales: "*Nemo potest ad impossibile obligari*"¹³⁰. Para quienes entienden que el contrato es la categoría definitoria de la naturaleza jurídica del matrimonio, no ofrece duda alguna que la referida regla debe aplicarse al orden jurídico matrimonial lo mismo que se aplica a los otros contratos. Además, como consideran que es ésta una exigencia reclamada por el Derecho natural, no pueden tener en cuenta la salvedad que, respecto del matrimonio, como *contractus sui iuris*, anteriormente siempre habían respetado aun los contractualistas más estrictos. El razonamiento discurre entonces así: como no existe el contrato cuyo objeto es imposible, así tampoco es válido el matrimonio contraído por quien es psicológicamente incapaz de asumir el cumplimiento de las obligaciones esenciales del objeto del

¹²⁹. D. 50, 17, 185.

¹³⁰. *VI Decretalium, De regulis iuris*, reg. 6.

contrato matrimonial¹³¹. A partir de esa persuasión de base, el razonamiento se bifurca en dos opiniones diferentes sólo en su forma; pero coincidentes en el punto de partida y en sus conclusiones: los que entienden que la incapacidad psicológica de cumplir las obligaciones, en paridad con la impotencia, es un impedimento dirimente y los que consideran que esa incapacidad está radicada en la imposibilidad de realizar o hacer efectivo el objeto del contrato o del consentimiento.

El primer dato a tener en cuenta respecto de este planteamiento es su novedad, pues nunca en la historia del Derecho canónico se había aplicado la referida *regula iuris* a la incapacidad psicológica¹³². Dicen algunos autores que ha sido el progreso de las ciencias que cultivan los psicólogos y psiquiatras el origen determinante del nuevo sentido de tal *regula* respecto del matrimonio; pero ésta no parece una respuesta satisfactoria, pues las referidas ciencias no informan precisamente sobre las reglas del derecho, sino de otras realidades, que, si son hoy mejor conocidas por ellas, pueden

¹³¹. Sin hacer mención de las muchas decisiones rotales que manifiestan estos criterios, son destacados defensores de este planteamiento JEMOLO, *Il matrimonio in diritto canonico*, Roma 1941, p. 132; D. OESTERLE, *De relatione homosexualitatis ad matrimonium*, en "Revista española de Derecho canónico", 10 (1955), pp. 7 ss.; J. R. KEATING, *The caput nullitatis in Insanity Cases*, en "The Jurist", 22, (1962) p. 396; R. P. HUIZING, *Schema de matrimonio*, Romae 1963, pp. 346 ss, n. 162; NAVARRETE, "Incapacitas assumendi onera" *uti caput autonomum nullitatis matrimonii*, en "Periodica" 71 (1972) p. 77; A. ARZA, *Incapacidad para asumir las obligaciones esenciales del matrimonio*, en "Il Diritto ecclesiastico" 1980 I, pp. 483-484; M. WEGAN, *L'incapacité d'assumer les obligations du mariage dans la jurisprudence récente du Tribunal de la Rote*, en "Revue de Droit canonique" 28 (1978) p. 134; L. RUANO ESPINA, *La incapacidad para asumir las obligaciones esenciales del matrimonio por causas psíquicas, como capítulo de nulidad*, Barcelona 1989, p. 51.

¹³². L. GUTIÉRREZ MARTÍN, *La incapacidad para contraer matrimonio*, Salamanca 1987, pp. 69 y 100; C. J. ERÁZURIZ, *Riflessioni sulla capacità consensuale in matrimonio canonico*, en "Ius Ecclesiae", 6 (1994) pp. 458-459; A. ARZA, *Incapacidad para asumir las obligaciones del matrimonio*, en "Il Diritto ecclesiastico", 1980, I, p. 483; C. PINTO, 18. III, 1971, n. 3, vol. 63, p. 188; C. COLAGIOVANNI, 8. V. 1990, n. 7, 00053

ser de utilidad para los jueces; pero son éstos los que deben aplicar los esquemas jurídicos más adecuados para valorar los datos ofrecidos por esas ciencias.

Si nos atenemos a las fuentes de información alegadas por los autores y las decisiones rotales que dan inicio a la acogida de la referida *regula* en el ámbito que nos ocupa, podremos observar que son los tratados de Teología Moral donde han encontrado los canonistas utilizada dicha *regula*¹³³, básica como criterio de moralidad en el cumplimiento de las obligaciones de los cónyuges. Este dato no debe pasar inadvertido, habida cuenta de la diversidad de objeto y método de la Teología Moral y del Derecho de la Iglesia, que no permite siempre la utilización de los mismos conceptos, criterios y reglas en una y otra disciplina. En efecto, proporcionar los principios morales que guíen a los cónyuges en el cumplimiento de sus obligaciones de conciencia es la perspectiva propia y específica de la consideración del matrimonio que corresponde hacer a la Teología Moral. Pero, si los canonistas hicieran, por mimetismo con esos planteamientos, una acogida de esa visión en su consideración del matrimonio, desnaturalizarían su propio saber, que no tiene por objeto dar criterios de recta conducta en el cumplimiento de las obligaciones matrimoniales, sino precisar qué elementos son necesarios para que haya válido matrimonio. Asegurado por el Derecho de la Iglesia el ser constitutivo de cada matrimonio, da comienzo luego la aplicación de los criterios morales para el recto cumplimiento de las obligaciones conyugales; pero no está ahí el núcleo esencial del tratamiento canónico del matrimonio, que, por lo mismo, no puede dar a la *regula* "*impossibilium nulla*

¹³³. A. LEHKMUHL, *Theologia moralis*, I, 1833, p. 652, n. 1047; J. CARRIERE, *De contractibus*, Paris 1844, p. 272, n. 211; J. D'ANNIBALE, *Summa Theologiae moralis*, t. III, Romae 1908, p. 425; D. PRÜMMER, *Theologia moralis*, t. II, Friburgo Brisg., 1923, p. 214; BH. MERKELBACH, *Summa Theologiae moralis*, t. II, Paris 1930, p. 475; Son citados por OESTERLE, *De relatione homosexualitatis ad matrimonium*, en "Revista Española de Derecho canónico", 10 (1955) pp. 33-34; cfr. C. ANNE, 25. II. 1969, n. 3, vol. 61, p. 175; C. LEFEBVRE, 10. VII, 1971, n. 2, p. 674.

obligatio" el valor definitorio de sus criterios sobre la validez del matrimonio, que legítimamente le atribuye la Teología Moral en el ámbito propio de sus valoraciones.

En relación con el valor que la referida *regula* pueda tener en el ámbito canónico, el primer dato que debe tenerse en cuenta es la extraordinaria generalidad y laconismo de su forma, lo cual permite lecturas variadísimas, hechas desde los más dispares presupuestos previos¹³⁴. Por ello, antes de dar razón del sentido que le atribuían los juristas romanos, hemos de señalar los presupuestos previos con que la han leído los canonistas que, en nuestros días, han creído ver en ella el criterio definitivo respecto de la incapacidad para cumplir las obligaciones matrimoniales. Tales presupuestos no siempre han sido coherentes con la significación que a tal *regula* daban los textos jurídicos romanos, ni pueden lograr hacer aceptables todas las conclusiones que se han extraído de ella en el ámbito canónico

El primer presupuesto de que parten las lecturas actuales que quieren sacar de la *regula*, "*impossibilium nulla obligatio*", una conclusión definitiva, sobre la relevancia de la incapacidad de cumplir las obligaciones esenciales del matrimonio en la nulidad del matrimonio, es dar por supuesto que, en el matrimonio existen esas obligaciones esenciales, que, incluidas en tal *regla*, verían en ella la confirmación de su incidencia propia en la nulidad del matrimonio, siempre que alguno de los sujetos fuera incapaz para cumplirlas. En relación con este supuesto, debemos tener en cuenta que las obligaciones son siempre actos pasajeros en la vida del individuo y también en la vida de los cónyuges, lo que las diferencia esencialmente del vínculo matrimonial¹³⁵. Más lejos aún de ese núcleo esencial está el cumplimiento de esas obligaciones, que, por ser un efecto derivado

¹³⁴. Un ejemplo de esas posibles lecturas diversas lo encontramos en las mismas traducciones de la *regula* a las lenguas romances: mientras A. D'ORS, *El Digesto*, hace una traducción rigurosa: "Es nula la obligación de objeto imposible", F. FORAMITI, Venezia 1844, hace esta otra traducción: "Le condizioni impossibili annullano le obbligazioni".

¹³⁵. Vid. supra nota 8.

de ellas, tiene lugar en los momentos puntuales en que las obligaciones se hacen presentes de nuevo; pero, aunque éstas sean incumplidas, no por ello decaen necesariamente.

Para situar adecuadamente la diferencia que media entre las obligaciones y la esencia del matrimonio se debe recordar, con Hervada, que son muchos los casos en que, permaneciendo el matrimonio, se suspenden perpetua o temporalmente las obligaciones y los derechos de los cónyuges, o llegan a perderse, lo que demuestra que existe una vinculación o nexo primero y básico que une a los cónyuges, como valor esencial, mientras las obligaciones y los derechos concretos, por ser variables, no pueden ser confundidos con la esencia inmutable del matrimonio¹³⁶. Y no se crea que esta lejanía de las obligaciones matrimoniales y su cumplimiento, respecto de la esencia del matrimonio, se da sólo cuando se presentan las variables en la historia de cada matrimonio después de su constitución. También antes de constituido el matrimonio, pueden existir en los sujetos condicionamientos que imposibiliten el cumplimiento de graves obligaciones de los cónyuges sin que afecten a la validez del matrimonio. Basta pensar en las previsiones del Derecho de la Iglesia sobre la irrelevancia de la esclavitud, de la lepra, de la vejez o de la muerte inminente, respecto de la validez del matrimonio, para comprender que el cumplimiento de las obligaciones y la capacidad del sujeto para tal cumplimiento efectivo están muy lejos de la esencia del matrimonio.

Otro presupuesto en la lectura que hacen los canonistas de la *regula*, "*impossibilium nulla obligatio*", es su convicción de que se encuentra, en ella, una demostración de que la incapacidad de cumplir las obligaciones, supuestamente esenciales del matrimonio, lo hace nulo, como consecuencia de proyectar, sobre su naturaleza de contrato, las exigencias del Derecho natural. Se presupone que la esencia del contrato y, por tanto la esencia del matrimonio, es el

¹³⁶ J. HERVADA, *El Derecho del Pueblo de Dios*, III, *Derecho matrimonial* (1), Pamplona 1973, pp. 206 ss.; DEM, *El matrimonio "in facto esse. Su estructura jurídica*, en "*Ius canonicum*", 1 (1961) pp. 139, 147-164.

objeto del consentimiento, que se supone esencialmente delimitado por el Derecho natural. La esencia del contrato entonces no se sitúa en el ayuntamiento de voluntades que libremente establecen las cláusulas que deseen y determinan, según su libre arbitrio, el contenido de ese contrato que acuerdan, sino en la conveniencia de voluntades sobre un objeto esencialmente determinado por el Derecho natural con carácter previo al acuerdo de las voluntades. Sólo a partir de esta visión del objeto esencial –desconocida para el Derecho romano– se supone que existen unas obligaciones esenciales, que por Derecho natural dimanen del objeto esencial, para cuyo cumplimiento los sujetos han de ser capaces. Pero el concepto de un núcleo esencial en el objeto del contrato matrimonial, determinado previamente por el Derecho natural, es ajeno al Derecho romano, como lo es también, consecuentemente, el reconocimiento de unas *obligaciones esenciales* dimanantes de tal objeto.

En íntima relación con lo que acabamos de decir, se encuentra una aporía que agudamente ha señalado J. Carreras: llama la atención el hecho de que, habiendo pretendido asentar en la naturaleza contractual del matrimonio la incapacidad para asumir sus obligaciones esenciales, no se haya tenido en cuenta que tal incapacidad es absolutamente desconocida por el Derecho civil en su tratamiento jurídico de los contratos y del matrimonio mismo¹³⁷. De ahí la grave incoherencia que supone acudir, precisamente a una regla jurídica civil, para extraer de ella unos supuestos conceptos jurídicos – *incapacidad de asumir/cumplir y obligaciones esenciales*– absolutamente ignorados, en ese Derecho, y también en el Derecho canónico anterior a la segunda mitad del siglo XX.

Deslindados los presupuestos con que han leído la *regula* muchos canonistas de nuestro tiempo y los contenidos que en ella ven los textos romanos, se explica a qué obedece el gran

¹³⁷. J. CARRERAS, *Los precedentes remotos de la incapacidad de asumir las obligaciones esenciales del matrimonio (c. 1095, 3), pro manu scripto*, Roma 1990, p. 534.

desencuentro existente entre los criterios romanistas, sobre el aforismo "*impossibilium nulla obligatio*", y los que, en torno a él, expresan determinadas corrientes canónicas de hoy. El referido desencuentro, a pesar de que pocas veces se ha puesto de manifiesto en la jurisprudencia rotal¹³⁸ y en la doctrina canónica, por no favorecer la línea más frecuente de sus razonamientos, es, sin embargo, conocido, por haber sido expuesto en un estudio de A. Stankiewicz¹³⁹ ampliamente difundido y citado por los estudiosos de la materia.

El primer punto de grave desencuentro, entre la imposibilidad de que hablan los textos romanos y la que contemplan los canonistas, radica en que aquéllos se refieren siempre a una imposibilidad *objetiva*, mientras los canonistas que consideran relevante, en la nulidad del matrimonio, la incapacidad psicológica para cumplir los deberes del matrimonio, se están refiriendo siempre a una imposibilidad *subjetiva*, que es completamente irrelevante en el Derecho romano¹⁴⁰. Los textos romanos establecen, a este propósito, una clara distinción entre el *impedimentum naturale*¹⁴¹, lo que *in rerum natura non est*¹⁴² o, expresado con otros términos, lo que no permite que entre dos sujetos *esset commertium*¹⁴³, de una parte, y lo que se refiere a la *facultas dandi*, que "est facultas, personae commodum incommodumque, non rerum quae promittuntur (...). Et generaliter causa difficultatis ad incommodum promissionis, non ad impedimentum stipulatoris pertinet"¹⁴⁴. De ahí que se concluya: "Si ab eo stipulatus sim, qui efficere non possit, cum alio possibile sit: jure

138. Una decisión C. PINTO, 14. IV. 1975, n. 2, vol. 67, p. 229 ofrece algunos datos en este sentido.

139. A. STANKIEWICZ, *De accomodatione regulae "impossibilium nulla obligatio" ad incapacitatem adimplendi matrimonii obligationes*, en "Periodica", 68 (1979), pp. 649-672.

140. Ibidem, pp. 656-660.

141. D. 14, 1, 137.

142. D. 18, 4, 1.

143. D.19, 1, 55; D. 30, 39, 8, 10.

144. D. 14, 1, 137, 4

factam obligationem"¹⁴⁵. Como se ve, para que sea relevante la imposibilidad, ha de ser objetiva, que, por causas de naturaleza física o jurídica¹⁴⁶, afecta por igual a todos los sujetos. La *facultas dandi* o la *difficultas*, por afectar sólo a unas personas y no a otras, no afecta a la inexistencia de la obligación.

Siendo así la norma de Derecho romano, en vano se alega la pertinencia de la *regula "impossibiliun nulla obligatio"* en relación con el ámbito jurídico matrimonial; porque es el matrimonio un instituto para el que la naturaleza prepara al hombre con intensidad peculiar y, consecuentemente, se encuentra muy lejos de la imposibilidad objetiva, existente para todos los sujetos, en que únicamente es relevante la imposibilidad de que habla la referida *regula* romana. Lo que sí encuentra fundamento en el Derecho romano es la distinción: *imposibilidad - dificultad*, porque ésta, apareciendo expresamente diferenciada de la *impossibilitas*, queda privada de toda incidencia en la inexistencia de la obligación. Pero teniendo en cuenta que la llamada hoy incapacidad psicológica para cumplir las obligaciones matrimoniales, por ser sólo subjetiva, según Derecho romano, caía siempre en el ámbito de la simple *difficultas*. Esto no quiere decir que la incapacidad psicológica fuera irrelevante en Derecho romano, pues "furiosus nullum negotium gerere potest, quia non intelligit quae agit"¹⁴⁷. Pero era vista esa relevancia, desde la capacidad del sujeto para actuar, y no desde sus posibilidades de cumplir las obligaciones.

Delimitado el campo en que opera la *regula "impossibilium nulla obligatio"*, según el Derecho romano, podemos indicar otros puntos de desencuentro entre la aplicación que ese ordenamiento hacía de ella y la que hacen los canonistas de nuestros días. Una vez constituida la obligación, siempre que tuviera lugar un caso fortuito, accidente que no puede evitarse ni por la custodia, ni por el cuidado, ni por la diligencia de la mente humana, que hiciera imposible el cumplimiento

¹⁴⁵. D. 14, 1, 137, 5.

¹⁴⁶. A. STANKIEWICZ, *De accomodatione...*, pp. 655-656.

¹⁴⁷. *Justiniani Institutiones*, lib. III, tit. XIX, 8.

de esa obligación, en aplicación de la referida *regula*, se concluía que cesaba esa obligación de cumplimiento imposible. Resulta evidente que esta aplicación de la *regula* al matrimonio puede ser legítima, como ya hemos dicho, sólo en el ámbito moral, porque esa hipotética fuerza mayor hará cesar la obligación moral de cumplir tal obligación imposible; pero es inadmisibles pensar en una incidencia jurídica determinante de la nulidad del matrimonio, en esa hipótesis de fuerza mayor, a pesar de que el Derecho civil la aplique legítimamente a otros negocios y la Moral se sirva de ella para valorar la dimensión ética de los actos humanos.

Igualmente inadecuado resultaría si se pretendiera aplicar las disposiciones del Derecho civil sobre la facultad de resolución de obligaciones recíprocas por incumplimiento, al campo del incumplimiento de las obligaciones matrimoniales. Por más que se considere esta facultad consustancial con la reciprocidad de las obligaciones, es evidente que su aplicación al matrimonio sería pura y simplemente hacer un divorcio. Como lo sería también pretender aplicar, al ámbito jurídico de las obligaciones matrimoniales, la doctrina civil sobre las formas de librarse del cumplimiento de obligaciones mediante su extinción causada por condonación de la deuda, por pérdida de la cosa, por confusión de derechos, por compensación o por novación.

En todo caso, sirvan estos ejemplos como suficientemente expresivos de los graves riesgos inherentes a los planteamientos jurisprudenciales y doctrinales que, partiendo de la categoría contrato como base primera del correcto conocimiento del orden canónico matrimonial y, sin pretender ahondar en el conocimiento específico del matrimonio, corren el peligro de aplicarle criterios exportados de una dogmática a él inadecuada.

IV. DISCREPANCIAS SOBRE LA PIEZA DEL SISTEMA CANÓNICO EN QUE SE SITÚA LA INCAPACIDAD PARA ASUMIR LOS DEBERES ESENCIALES DEL MATRIMONIO

A la vista de las dificultades que entraña la determinación del significado específico de la incapacidad de asumir los deberes matrimoniales y de los fundamentos propios en que se asienta, con mucha frecuencia, la doctrina y la jurisprudencia han pasado a considerar el esquema o pieza jurídica del ordenamiento canónico en que debería situarse, dando por supuesta la legítima existencia de tal incapacidad: "Que sea incapaz para contraer matrimonio quien es incapaz de asumir las obligaciones esenciales del matrimonio, es una proposición tan evidente que parece sonar a tautología. Pero si se pretende mostrar esta incapacidad como capítulo autónomo de nulidad, se encuentra gran dificultad en determinar las anomalías específicas que originan esta incapacidad y también en la determinación del esquema jurídico de nulidad a que se ha de reducir esta incapacidad en el sistema del Derecho canónico, es decir, si pertenece al esquema de los impedimentos dirimientes (...) o al esquema de los defectos del consentimiento"¹⁴⁸.

1. *La incapacidad de asumir como incapacidad psicológica para consentir en matrimonio*

En realidad, las opiniones de la jurisprudencia y de la doctrina, en este punto, no son reducibles a sólo dos, como dice Navarrete, sino que están más diversificadas¹⁴⁹. Una primera tendencia incluye la incapacidad de asumir, según hemos visto ya¹⁵⁰, en la incapacidad psicológica de consentir en matrimonio. De manera que no ofrece duda alguna esta opinión sobre el esquema canónico en que se inserta

¹⁴⁸. U. NAVARRETE, "*Incapacitas assumendi*"..., p. 47.

¹⁴⁹. J. BERNHARD, "*L'incapacité morale*"..., pp. 457-472; J. WEBER, "*Erfüllungsun vermögen*", en *Rechtsprechung de Sacra Romana Rota*, Regensburg 1983, pp. 138-197; M. WEGAN, "*L'incapacité d'assumer les obligations du mariage dans la jurisprudence récente de la Rote*", en "*Revue de Droit canonique*" 28 (1978) p. 136

¹⁵⁰. vid. supra notas 78-106.

la incapacidad de que nos venimos ocupando: en la incapacidad psicológica para consentir, que, bien diferenciada de los vicios de consentimiento, los cuales no son incapacidades, tiene su tratamiento propio en el momento sistemático en que la sitúa el actual c. 1095, 3, abriendo el tratamiento del consentimiento.

Además, destaca esta opinión la unitaria coherencia de los tres nn. del c. 1095, al mismo tiempo que se atiene a la significación literal del n. 3 de ese canon, sin que deba introducir la incapacidad de cumplir en la comprensión del sentido propio que al texto corresponde. Mantiene esta opinión algo que parece muy lógico: los tres nn. del c. 1095 obedecen a un mismo esquema canónico y representan así tres desarrollos, a escalas diferentes, de una misma incapacidad consensual, sin introducir un elemento, tan distorsionador de la unidad interna del canon, como es la consideración de sus dos primeros números desde el esquema de la incapacidad para consentir, y del tercero desde el esquema de los impedimentos. Objetan a esta opinión sus adversarios que no acentúa la autonomía de este capítulo de nulidad, respecto de la falta de discreción de juicio, tan agudamente, como se desprende de su consideración como impedimento; pero tiene la virtualidad de mantener un equilibrio en la diferencia de grados de incapacidad consensual que presentan cada uno de los números del c. 1095.

Para quienes defienden esta opinión, la trayectoria histórica consiguiente a la celebración del matrimonio no debe ser leída por los jueces para encontrar en ella causas determinantes de la nulidad del matrimonio, como si la fuente de la nulidad se encontrara en hechos posteriores al matrimonio *in fieri* que, por manifestar la incapacidad para cumplir los deberes esenciales del matrimonio, fueran causa directa de esa nulidad. Esta tendencia doctrinal y jurisprudencial entiende que la lectura del proceso vital posterior al consentimiento es imprescindible para que el juez decida justamente sobre las causas por incapacidad de asumir, porque, en esa trayectoria vital posterior, se puede encontrar la verdadera entidad de una patología psíquica determinada, que, presente al contraer, habrá tenido o no una incidencia perturbadora sobre la capacidad psicológica para consentir

que, sin tener en cuenta el curso vital posterior, habría podido inducir a desestimar su relevancia canónica.

2. *La incapacidad de asumir/cumplir como impedimento*

Una segunda opinión entiende que la incapacidad de asumir las obligaciones esenciales, dimanante de la incapacidad de cumplirlas¹⁵¹, debe considerarse como un impedimento, en línea con el esquema canónico de la impotencia, y no como *vitium mentis*, ya que incapacitaría sólo para el matrimonio *in facto esse* y para el *usus coniugii*¹⁵². Entre los argumentos dados en favor de esta opinión, se

¹⁵¹. Vid. supra notas 34-61.

¹⁵². C. SABBATANI, 21. VI. 1957. n. 5, vol. 49, p. 503; C. POMPEDDA, 6. X. 1969, nn. 2-3, vol. 61, pp. 916-917; C. PALAZZINI, 28. X. 1970, nn. 7-12, vol. 62, pp. 967-969; C. HUOT, 28. I. 1974, nn. 4-6, vol. 66, pp. 28-29; C. RAAD, 14. IV. 1975, n. 16, vol. 67, pp. 250-251; C. PINTO, 18. III. 1977, n. 3, vol. 69, p. 188; C. PINTO, 20. IV. 1979, n. 8, vol. 71, p. 194; C. PARISELLA, 23. II. 1978, n. 9, vol. 70, p. 75; C. HUOT, 31. I. 1980, nn. 20-23, vol. 72, pp. 83-84; C. BRUNO, 27. III. 1981, n. 4, 00057; C. HUOT, 2. X. 1986, n. 9, vol. 78, p. 501; KEATING, *The Bearing of Mental Impairment on the Validity of Marriage*, Roma 1964, pp. 155 ss.; IDEM, *The caput nullitatis in Insanity Cases*, en "The jurist" 22 (1962) pp. 393 ss.; W. J. TOBIN, *Homosexuality and Marriage*, Roma 1964, pp. 168 ss.; P. MENAR, *The Invalidating Force of Homosexuality*, en "Studia canonica", 2 (1969) pp. 120 ss.; A. ARZA, *Los homosexuales...*, p. 61; IDEM, *Incapacidad para asumir las obligaciones esenciales del matrimonio*, en "Il Diritto ecclesiastico" 1980 I, pp. 496-499; S. GERRO, *Il diritto al matrimonio nell'ordinamento della Chiesa. Riflessioni su nuovi orientamenti*, Padova 1979, pp. 30-40; F. R. AZNAR GIL, *La "incapacitas assumendi obligationes matrimonii essentielles" en la futura codificación*, en "Revista Española de Derecho canónico" 38 (1982) pp. 91-93; A. MENDONÇA, *The Incapacity to Contract Marriage: canon 1095*, en "Studia canonica", 19 (1985) pp. 290 ss.; P. A. BONNET, *L'incapacità relativa agli oneri matrimoniali quale incapacità personale ad attuare le proprietà essenziali*, en "Il Diritto ecclesiastico", 1982 II, pp. 333-342; DEM, *L'incapacità relativa agli oneri matrimoniali (can. 1095, 3) (con particolare riferimento alla giurisprudenza rotale C. Pinto*, en P. A. BONNET-C. GULLO, *L'incapacitas (can 1095) nelle "sententiae selectae" coram Pinto*, Città del Vaticano, 1988, pp. 41-43; J. M. PINTO, *Incapacitas*

ha mencionado la fuerza que tendría para acentuar la autonomía de este capítulo de nulidad, bien diferenciado así de las otras hipótesis contempladas en el c. 1095. Pero, si observamos el *iter* seguido en su elaboración, encontraremos motivos suficientes para poner en duda tal conclusión, pues los razonamientos de sus defensores, lejos de estar específicamente referidos a la hipótesis hoy contemplada en el c. 1095, 3, con frecuencia engloban otras situaciones jurídicas conglomerándolas en planteamientos mucho más genéricos

El primer dato a tener en cuenta, a este propósito, es que los motivos que dan origen a ubicar la incapacidad de asumir en el ámbito de los impedimentos vienen precedidos de una tendencia que considera impedimento a la *insania*, con su amplitud de sentido¹⁵³, y no específicamente a la incapacidad psicológica. En efecto, cuando d'Avack propuso alejar de la órbita del consentimiento la incidencia canónica de la *insania*, para ubicarla en un ámbito, mucho menos sensible a las patologías psíquicas o psicológicas, como es el de los impedimentos¹⁵⁴, estaba muy lejos de pensar en una hipótesis de incapacidad tan específica como la contemplada en el c. 1095, 3. Lo mismo hay que decir del tratamiento que hace Keating al aplicar, al campo de la amencia, al de la falta de discreción de juicio y al de la impotencia, la distinción *consensus naturaliter sufficiens - consensus iuridice inefficax*¹⁵⁵, que se venía haciendo anteriormente para dar razón de la incidencia específica de los impedimentos dirimentes y del defecto de forma en la nulidad del

assumendi matrimonii onera in novo CIC, en AA. VV., "Dilexit iustitiam". *Studia in honorem Card. Sabbatani*, Città del Vaticano, 1984, pp. 23-26; J. R. GARCÍA FAÍLDE, *Manual de psiquiatría forense*, Salamanca 1991, pp. 167 ss.

¹⁵³. E. TEJERO, *La calificación jurídica de la amencia en el sistema matrimonial canónico*, en "Ius canonicum", vol 18, nn. 35 y 36, pp. 179-187.

¹⁵⁴. P. A. D'AVACK, *Cause di nullità e di divorzio nel diritto matrimoniale canonico*, Firenze 1952, pp. 116-118.

¹⁵⁵. KEATING, *The Bearing of mental Impairment on the Validity of Marriage*, Roma 1964, pp. 170-174.

matrimonio¹⁵⁶. Cuando Keating afirma que existe entonces "una natural inhabilidad para disponer efectivamente de los derechos y obligaciones asumidos"¹⁵⁷, lo hace en referencia, entre otras, a la falta de discreción de juicio –hipótesis contemplada hoy en el c. 1095, 2–, de la cual afirma que implica una incapacidad para obligarse a cumplir el objeto del consentimiento¹⁵⁸. Estamos ante una visión de la incapacidad de asumir/cumplir, como impedimento en sentido estricto¹⁵⁹, por lo cual es denominada *impedimento impediende de incompetencia mental*¹⁶⁰, referida a la incapacidad psiquiátrica y psicológica en toda su amplitud¹⁶¹. Es verdad que, en este concepto, incluye Keating también las anomalías psicosexuales hoy incluidas en el c. 1095, 3; pero englobadas en la generalidad de un planteamiento que identifica la amencia, la falta de discreción de juicio, la incapacidad de asumir y la impotencia en una misma calificación canónica.

En esa misma línea se movieron las propuestas, para los trabajos de la futura codificación, hechas por quienes entendían que el impedimento es la pieza adecuada para el tratamiento canónico de la incapacidad mental. De ahí que se pidiera que la falta de discreción de juicio tuviera el tratamiento de impedimento de impotencia moral¹⁶². Y no puede decirse que la Comisión codificadora diera un tratamiento más específico a la cuestión, cuando se preguntó si "las enfermedades psíquicas que impiden la estimación válida del consentimiento matrimonial y la discreción sobre la naturaleza y las obligaciones del consentimiento", tenían alguna relación con la impotencia o debían

156. U. NAVARRETE, *Ecclesia sanat in radice matrimonia innita cum impedimento iuris divini*, en "Periodica", 52 (1963), pp. 356 ss.

157. KEATING, *The Bearing...*, p. 155.

158. *Ibidem*, p. 165.

159. *Ibidem*, pp. 181-182.

160. *Ibidem*, p. 176.

161. *Ibidem*, pp. 176-178.

162. J. T. HNNEGAN, *The current Jurisprudence concerning the psychopathic Personality*, "The Jurist", 26 (1967) p. 450; Cfr. KEATING, *The Bearing of mental...*, p. 190.

encuadrarse en el capítulo del consentimiento. Su respuesta, denominando a la falta de discreción de juicio *impotencia moral*, se inclinó a su inclusión en el capítulo del consentimiento; pero, en cuanto que las enfermedades psíquicas incapacitan para el objeto del consentimiento y la observancia de las obligaciones esenciales del contrato matrimonial¹⁶³. Esta perspectiva no contribuyó precisamente al tratamiento diferenciado de la incapacidad psíquica y de la impotencia, sino todo lo contrario. Lo mismo hay que decir respecto de la opinión manifestada por el relator sobre la posible inclusión de la impotencia en el capítulo del consentimiento, por entender que, más que impedimento, sería una "incapacidad de prestar el objeto del consentimiento matrimonial; por lo cual, el canon de la impotencia puede insertarse correctamente después del c. 1081, donde se define el objeto del consentimiento"¹⁶⁴.

Como se ve, este planteamiento, lejos de contribuir a un tratamiento diferenciado de la incapacidad de asumir las obligaciones matrimoniales, respecto de otras piezas propias del sistema, hace un conglomerado identificador de la amencia, la falta de discreción de juicio, la incapacidad de asumir y la impotencia, que serían coincidentes todas ellas en una y misma incapacidad: la de cumplir las obligaciones propias del objeto del contrato matrimonial.

Desde el esquema de la impotencia, esta opinión sólo puede ver la incidencia negativa de la incapacidad psiquiátrica y psicológica respecto de la prestación del objeto del consentimiento; pero no puede captar incidencia negativa alguna de esa misma incapacidad respecto de la capacidad consensual¹⁶⁵. Por eso, desde el esquema de la impotencia, esta opinión tiene que dar por supuesto que, en los casos de amencia, de falta de discreción, de incapacidad de asumir y

¹⁶³. *Communicationes*, 6 (1974) p. 193.

¹⁶⁴. *Ibidem*, 7 (1975) p. 61.

¹⁶⁵. La única vía que puede presentar esta opinión para acoger, sólo en parte, una incidencia negativa sobre el consentimiento, como acto psicológico, son las incapacidades transeúntes causadas por hipnosis, narcóticos, ebriedad etc. KEATING, *The Bearing...*, pp. 171, 174.

de impotencia existiría siempre un *consensus naturaliter sufficiens*, lo cual es una generalización excesiva –porque no se acierta a ver cómo sería compatible ese consentimiento naturalmente suficiente con la amencia, con la falta de discreción de juicio e incluso con la incapacidad de asumir–, pero obligada, por haberse apegado al esquema canónico de la impotencia impedimento, como medida única de la relevancia canónica que pueda tener toda patología de la psiquis. Como consecuencia, las formas todas de incapacidad permanente, consideradas como impedimento, resultarían irrelevantes respecto del *consensus inexistens* y sólo podrían afectar negativamente a la validez del matrimonio, como determinantes de una inhabilidad contraria a la eficacia jurídica de un consentimiento que se tiene que suponer siempre *naturaliter sufficiens*¹⁶⁶, porque el esquema de los impedimentos así lo supone siempre.

Sin que se hicieran rectificaciones de base a los inconvenientes que implica la utilización del esquema del impedimento de impotencia, al definir la incidencia de la incapacidad de la psiquis en el sistema matrimonial canónico, los *praenotanda* al proyecto del CIC sobre los sacramentos, de 1975, contribuyeron a reducir notablemente el campo de la incapacidad en que habría de actuar la aplicación del esquema de la incapacidad de asumir: se renunció a que operara ese esquema en los supuestos de "incapacitas totalis eliciendi talem consensum ob mentis morbum vel perturbationem qua usus rationis impeditur" y también en los supuestos de "incapacitas proveniens ex gravi defectu discretionis iudicii circa iura et officia matrimonialia mutuo tradenda et accipienda", que Keating incluía en la incapacidad de asumir, tratada como impedimento. El esquema de la incapacidad de asumir se podría aplicar sólo a la "incapacitas assumendi obligationes essentielles matrimonii proveniens ex gravi anomalia psycho-sexuali"¹⁶⁷. Desde este momento, la contemplación de la incapacidad de asumir los deberes esenciales del matrimonio, como impedimento,

¹⁶⁶. Ibidem, pp. 171-174.

¹⁶⁷. *Schema canonum novi Codicis Iuris canonici*, Typis polyglottis Vaticanis, 1975, p. 14.

se sitúa siempre en relación con esta última hipótesis, diferenciada de las otras dos. Pero esta limitación, en la aplicación de la incapacidad de asumir, ¿logra superar, por sí sola, los inconvenientes que implicaba la aplicación del mismo esquema a la amencia, a la falta de discreción, a la incapacidad de asumir y a la impotencia?

Una primera dificultad que persiste en la aplicación del esquema impedimento, limitada a la incapacidad de asumir/cumplir, radica en la dificultad de explicar cómo es posible mantener, en este ámbito, la distinción *consensus naturaliter sufficiens-consensus inefficax*, base para la delimitación de la eficacia jurídica propia de los impedimentos. Porque, si se admite que la incapacidad de asumir/cumplir no afecta negativamente a la existencia de un consentimiento naturalmente suficiente, desde el punto de vista psicológico, ¿cómo se puede justificar otra posterior exigencia de un segundo nivel psicológico, para cumplir, no requerido para la suficiencia natural del consentimiento? El hecho de que la ley canónica contemple la nulidad del matrimonio por impedimento eclesiástico o por falta de forma, aunque sean capaces los sujetos, alegado por Keating¹⁶⁸, no parece equiparable al supuesto que nos ocupa, pues ninguno de esos dos supuestos implica una limitación de la capacidad natural para el matrimonio, como en el caso que tratamos, y esta capacidad psicológica natural para consentir no parece que pueda ser ignorada por el Derecho de la Iglesia, ni se ve por qué ha de exigirse otro posterior nivel psicológico con el fin de no incurrir en un supuesto impedimento, cuya existencia sólo se asentaría en los postulados teóricos de los autores que venimos analizando.

Por otra parte, en esta aplicación limitada del esquema del impedimento a la incapacidad de asumir/cumplir los deberes esenciales del matrimonio, persiste la dificultad de aplicar una pieza canónica menos adecuada para la captación de la incidencia de la incapacidad psicológica en el consentimiento, como acto típico del matrimonio *in fieri*. De ahí que ese planteamiento –inservible para

¹⁶⁸. J. R. KEATING, *The Bearing...*, p. 172.

captar la naturaleza canónica de la amencia y de la falta de discreción, según vimos antes— siga siendo inadecuado también para reflejar la incidencia negativa específica de la incapacidad de asumir sobre el acto psicológico de consentir en matrimonio. Ante la imposibilidad de acceder, desde el esquema del impedimento, a la razón de la incidencia negativa de la incapacidad de asumir en el consentimiento mismo, como acto psicológicamente suficiente, los defensores de esta opinión fingen la posibilidad de una patología incidente negativamente en la capacidad de cumplir las obligaciones sin que afecte a la capacidad psicológica de consentir; pero, además de no ser compatible esa respuesta con la reiterada afirmación de la unidad básica del psiquismo humano, se debe tomar conciencia también de la imposibilidad de dar razón, sobre la posible incapacidad para poner el acto psicológico de consentir, desde el esquema del impedimento, por más que se pretenda limitar, al 1095, 3, el ámbito psicológico en que se quiera aplicar tal esquema. Cuando Huizing, por ejemplo, dice que, en esta hipótesis de impotencia moral, "no importa si hay conocimiento y discreción suficiente, porque, no se trata entonces de un defecto de consentimiento, sino de la inexistencia del objeto del contrato"¹⁶⁹, debemos preguntarnos si verdaderamente no importa el que se den o no los elementos psicológicos que implica el verdadero consentimiento, o más bien ocurre que esos elementos no son captables desde el esquema del impedimento que se quiere utilizar para la calificación jurídica de la hipótesis de hecho.

Teniendo en cuenta esa desatención a los elementos psicológicos del acto del consentimiento —inevitable desde el esquema del impedimento aplicado a la hipotética incapacidad de asumir/ cumplir—, estamos en situación de percibir una laguna más, existente en la opinión que venimos analizando: su persuasión de que no tiene interés alguno establecer, en el punto que nos ocupa, la importante distinción que media entre el derecho y el uso del derecho, entre la obligación y

¹⁶⁹ P. HUIZING, *De matrimonio*, n. 162, cfr. W. J. TOBIN, *Homosexuality and Marriage*, Roma 1964, p. 169.

su cumplimiento¹⁷⁰. Pero lo que ocurre, más bien, es que el esquema de la incapacidad psicológica, como impedimento, no puede contemplar sino su incidencia negativa en el cumplimiento de las obligaciones. Lo que, una vez más, demuestra que es inadecuado para captar la relevancia negativa de esa patología en el acto psicológico constitutivo del vínculo jurídico, sustante de todo derecho y de toda obligación matrimonial. De ahí que, desinteresándose por este ámbito –clave para el sistema matrimonial canónico– sólo puedan ver la incidencia negativa de la patología en la incapacidad para cumplir o en el *usus iuris*.

Pero, si la ecuación establecida entre la impotencia y la incapacidad de asumir no ha resultado útil para la comprensión de la naturaleza canónica de tal incapacidad, tampoco puede decirse que haya sido beneficiosa, para la correcta valoración de la impotencia, su equiparación con la incapacidad de asumir/cumplir; porque la afirmación de tal equiparación ha terminado postulando la ampliación del campo efectivo de la impotencia, por entender que así lo demandaría el alcance y la eficacia jurídica propia de la incapacidad de asumir/cumplir. Así, mientras la incapacidad de asumir/cumplir fue encontrando acomodo en el ordenamiento canónico asentando su existencia sobre una supuesta igualdad con la impotencia, una vez que obtuvo una cierta acogida en sectores de la jurisprudencia y de la doctrina, terminó por mostrar, con tanta evidencia, su más dilatada operatividad, que dió origen a una supuesta base para ampliar también el campo de juego propio de la impotencia.

Los pasos primeros hacia la equiparación de la incapacidad de asumir/cumplir y de la impotencia se dieron suponiendo que así lo autorizaba la lectura de Santo Tomás: puesto que alegó el principio *pactum de impossibile nullum est*, en relación con la impotencia¹⁷¹, se dió por supuesto que, si se consideraba

¹⁷⁰. J. R. KEATING, *The caput nullitatis in Insanity Cases*, en "The Jurist", 22, (1962) pp. 395-396.

¹⁷¹. *Quodlibetum*, XIX, q. 9, a. 1, c.

impedimento a la incapacidad de asumir/cumplir y se alegaba la *regula*: "*Impossibilium nulla obligatio*", se habrían cumplido todos los elementos necesarios para lograr una coincidencia entre la consideración de la incapacidad de asumir/cumplir, como impedimento, y la doctrina de Santo Tomás sobre la impotencia. Pero no se tuvo en cuenta que, no alegando el Doctor Angélico esa *regula* en relación con el mismo objeto que lo hacen los escritos de nuestro tiempo, tampoco le atribuye el alcance y el sentido que tales autores le dan. En efecto, Santo Tomás, limitando a la impotencia su alegación de la referida *regula*, precisa así su alcance: "Sed notandum est quod impossibilitas carnalis copulae ex aliquo impedimento proveniens potest duplici considerari: quia vel illud impedimentum est superveniens matrimonio iam consummato, vel praecedens. Si est superveniens, tunc matrimonium iam consummatum numquam solvitur; si vero impedimentum praecedat, tunc matrimonium nondum consummatum solvitur"¹⁷². Estamos, como puede verse, ante una aplicación de la *regula* "*impossibilium nulla obligatio*" exclusivamente a la primera cópula que consuma el matrimonio¹⁷³; pero no a la incapacidad de asumir/cumplir las obligaciones, durante toda la vida matrimonial, como pretenden los autores de nuestro tiempo. Es decir, hacen estos autores un alargamiento de la impotencia, al identificarla con la incapacidad de asumir/ cumplir¹⁷⁴, no coincidente con la doctrina de Santo Tomás.

Esta amplificación de la impotencia, mediante la inserción en ella de la incapacidad de asumir/cumplir las obligaciones esenciales del matrimonio, ha sido aprovechada por algunos tribunales eclesiásticos para hacer el tratamiento de algunas causas de impotencia aplicando

¹⁷². Ibidem.

¹⁷³. En este mismo sentido vid. P. J. VILADRICH, *Comentario al c. 1095*, en AA. VV. *Comentario exegético al Código de Derecho canónico*, vol. III, Pamplona 1996, p. 1232.

¹⁷⁴. Así lo ha hecho notar O. FUMAGALLI CARULLI, *Intelletto e volontà nel consenso matrimoniale in Diritto canonico*, Milano 1974, pp. 342-347.

los criterios contenidos en el c. 1095, 3 y no los más restrictivos del c. 1084, argumentando así su opción: El c. 1095, 3 no dice que la incapacidad de asumir sea únicamente aquella que procede como efecto de una causa de naturaleza psíquica, por lo que no excluye ni puede excluir la incapacidad de asumir proveniente como efecto de cualquier otra causa que no sea de naturaleza psíquica, por ejemplo de naturaleza fisiológica. Pero este planteamiento, que ha sido criticado, por el cambio sustancial de los criterios aplicables a la impotencia¹⁷⁵, deja bien patente, al mismo tiempo, las deficiencias existentes en el razonamiento que ha entendido que la naturaleza jurídica de la incapacidad de asumir/cumplir es idéntica a la del impedimento de impotencia.

Finalmente, se debe hacer notar, con J. M. Martinell, que el ordenamiento canónico no atribuye a la incapacidad de asumir una eficacia de impedimento, pues "no opera nunca en sentido plenamente prohibitivo (que es lo que debería ocurrir si realmente fuera incapacidad), sino sólo invalidante. El Derecho canónico, en punto a capacidad psicológica, ha preferido no arriesgar en posibles limitaciones al *ius connubii*, que podrían acarrear injusticias, dejando la cuestión para una valoración *a posteriori*. La mecánica es, pues, en este aspecto, muy distinta a la que opera en materia de impedimentos. Aunque podría argüirse que la anterior observación no es definitiva, ya que puede tratarse de una verdadera incapacidad, independientemente del momento en que desde un punto de vista jurídico se objetivice, hemos de insistir en la buena dosis de artificio que tiene todo el planteamiento, porque incluso cuando se ha sancionado la nulidad por incapacidad de asumir, el afectado sigue

¹⁷⁵. F. GIL DE LAS HERAS, *La incapacidad para asumir las obligaciones esenciales del matrimonio (Su tratamiento en los tribunales eclesiásticos españoles)*, en "Ius canonicum" 27, n. 54 (1987), p. 276, recoge, para criticarlo, este planteamiento. También lo rechazan algunas decisiones rotales: C. BEJAN, 5. II. 1975, nn. 56, vol. 67, pp. 35-36; C. FUNGHINI, 8. XI. 1989, n. 4, 00107 rechaza también esos mismos planteamientos.

siendo jurídicamente hábil para el matrimonio. Y esto es ya una contradicción en los propios términos del capítulo apreciado"¹⁷⁶.

3. *La incapacidad de asumir/cumplir como defecto del objeto del contrato o del consentimiento*

La inclusión de la incapacidad de asumir en el esquema de la impotencia comenzó a ser cuestionada a partir de octubre de 1966, en que la comisión que elaboraba los textos de la futura Codificación entendió que la incapacidad de asumir hacía referencia a la situación de un sujeto que "es incapaz de cumplir el objeto del consentimiento, de donde es también incapaz de cumplir la obligación asumida; por lo cual este tercer caso (la incapacidad de asumir/cumplir) parece que también ha de ser incluido entre los defectos del consentimiento, mejor que ser subsumido bajo el nombre de impotencia, no psíquica, sino moral, teniendo en cuenta también que se ha de evitar la confusión con la impotencia psíquica"¹⁷⁷.

Sin detenernos ahora en las implicaciones contenidas en la sustitución del término *asumir* por el de *cumplir*¹⁷⁸, que hace el texto citado, su opción en favor de la inclusión de la incapacidad de asumir/cumplir entre los defectos del consentimiento, y no en el esquema de la impotencia, no se explica por una consideración de la

¹⁷⁶. J. M. MARTINELL, *Incidencia de la causa de nulidad canónica en la declaración de ajuste (Referencia a la "incapacidad de asumir las obligaciones esenciales del matrimonio")*, en "Anuario de Derecho eclesiástico", 4 (1988) pp. 558-559. Ya, en carta de la Signatura Apostólica de 30. XI. 1971, n. 5 (I. GORDON-Z. GROCHOLEWSKI, *Documenta recentiora circa rem matrimonialem et processualem*, Romae 1977, p. 20) se criticaba la incoherencia que supone la afirmación de la incapacidad de una persona para el matrimonio, para declarar la luego capaz de un nuevo matrimonio.

¹⁷⁷. *Communicationes*, III, (1971) p. 77.

¹⁷⁸. A este punto ya nos referimos con anterioridad, notas 34-70.

naturaleza específica de esa incapacidad, sino sólo por una razón terminológica, que quiere evitar confusiones entre la impotencia moral –denominación de la incapacidad de asumir/ cumplir utilizada por quienes la consideran impedimento– y la impotencia psíquica.

En todo caso, es necesario percibir de inmediato la significación peculiar que esta propuesta da a la expresión *defecto del consentimiento*, atribuida a la incapacidad de asumir/cumplir. En realidad, no estaríamos, en este caso, ante un defecto del acto psicológico de consentir, porque esta corriente de opinión continúa afirmando que la incapacidad de asumir/cumplir no dimana de una incapacidad de los sujetos para los actos del entendimiento y de la voluntad que el consentimiento matrimonial requiere. De ahí que la nueva terminología, acuñada para calificar canónicamente la incidencia negativa de las causas de naturaleza psíquica, se vea obligada a no hablar de una incapacidad psíquica para consentir en matrimonio, sino de un defecto del consentimiento, que, como tal, no pretende decir nada en relación con la capacidad psicológica del sujeto para consentir en matrimonio. ¿En qué sentido se habla ahora de un *defecto del consentimiento*?

La respuesta a este interrogante vuelve a poner de manifiesto las gravísimas resistencias que cualquier pieza del ordenamiento canónico ofrece siempre para albergar en ella la incapacidad de asumir/cumplir las obligaciones matrimoniales. Porque el defecto del consentimiento hace referencia siempre a una falta de adecuación entre las exigencias que el sistema canónico establece, respecto del entendimiento o de la voluntad de los sujetos, en el acto de consentir, y la falta de conocimiento o la positiva voluntad contraria en que alguno de los contrayentes puede encontrarse en el acto mismo de consentir. Pero el *defecto del consentimiento* de que se está hablando, en referencia a la incapacidad de asumir/ cumplir, no alude a ninguna deficiencia del acto de voluntad que hace el matrimonio, sino a una supuesta incapacidad para cumplir el objeto del consentimiento, que, por referirse a personales actuaciones posteriores al consentimiento mismo, supone una lejanía del matrimonio *in fieri*, que resulta

incompatible con la naturaleza específica de los verdaderos defectos del consentimiento como la ignorancia, el error, la simulación o el miedo.

Más que dimanar de una profundización en lo que significa el defecto de consentimiento en el ordenamiento canónico, para demostrar así la coherencia de incluir en él la incapacidad para cumplir las obligaciones del matrimonio, el impulso para tratar de situar esa incapacidad entre los vicios o defectos del consentimiento proviene de unos principios jurídicos extravagantes al sistema matrimonial canónico: la ausencia de la *causa material del contrato*¹⁷⁹, y la inhabilidad para las obligaciones esenciales del contrato¹⁸⁰. Este es el punto de partida de los razonamientos que movieron a incluir esta incapacidad entre los impedimentos matrimoniales y lo es también ahora para situarla entre los defectos del consentimiento. De ahí se parte para afirmar que la incapacidad de asumir/cumplir hace nulo el matrimonio por determinar una imposibilidad de prestar el objeto del contrato matrimonial¹⁸¹ o por dar origen a una incapacidad de cumplir fundada en la misma naturaleza del contrato¹⁸². En este punto hay una plena coincidencia entre la tendencia que considera impedimento la incapacidad de asumir/cumplir y la que pretende incluirla entre los defectos o vicios del consentimiento, pues ambas arrancan de un mismo principio: la necesidad de una capacidad para cumplir las obligaciones dimanantes del objeto del contrato

179. KEATING, *The Bearing of mental Impairment on the Validity of Marriage. Analysis of rotal Jurisprudence*, Roma 1964, p. 165.

180. P. HUIZING, *De matrimonio*, n. 162.

181. C. LEFEBVRE, 15. I. 1972, n. 7, vol. 64, p. 18; C. LEFEBVRE, 31. I. 1976, nn. 3-4, vol. 68, p. 39; C. PINTO, 15. VII. 1977, n. 2, vol. 69, p. 398; C. PINTO, 31. V. 1985, nn. 4-5, 00075; C. FALTIN, 26. V. 1989, n. 7, vol. 81, p. 382; C. FUNGHINI, 26. VII. 1989, n. 2, 00087; A. ARZA, *Los homosexuales...*, pp. 88-89; F. R. AZNAR GIL, *Las "obligaciones matrimonii esenciales" (c. 1095, 3) en la jurisprudencia canónica (1983-1992)*, en AA. VV. *Magister canonistarum*, Salamanca 1994, pp. 161-162.

182. A. ARZA, *La incapacidad para asumir las obligaciones del matrimonio*, en "Il Diritto ecclesiastico", 1980, I, p. 489.

Se comprende, por eso, que, si los defensores de incluir la incapacidad de cumplir en el esquema de la impotencia pretendían apoyarse en la autoridad de Santo Tomás¹⁸³, con un modo de razonar muy parecido, pretendan ampararse también en él los que entienden que es el defecto del consentimiento el esquema en que debe incluirse esta incapacidad: "Como en los demás contratos no se da una obligación conveniente, si alguien se obliga a lo que no puede dar o hacer, así no es conveniente el contrato del matrimonio, si se hace por quien no puede pagar el débito carnal"¹⁸⁴. Pero, como ya dijimos¹⁸⁵, Santo Tomás se refiere a la posibilidad de dar el débito carnal sólo en la cópula que consuma el matrimonio, mientras que quienes defienden la relevancia de la incapacidad de cumplir los deberes posteriores a la consumación, dejando difuminado este concepto clave en el sistema matrimonial canónico, discurren como si fuera el matrimonio un contrato sinalagmático de ejecución continuada, sin tener en cuenta que los derechos y obligaciones matrimoniales no se encuadran en el esquema conceptual del derecho civil de obligaciones ni de los derechos reales.

Esta lógica del contractualismo dinámico, que seculariza hasta el extremo la visión del matrimonio y necesariamente conduce al divorcio¹⁸⁶, ya hace muchos siglos que fue expresamente desautorizada por el Hostiense, "No es de admirar si la obligación de los contratos sabe a la naturaleza de su autor, es decir, a la del hombre, que es variable y nunca permanece en el mismo estado, y a la del derecho por el cual ha sido introducida (...). Por lo mismo, tampoco es de admirar que la obligación matrimonial sepa a la naturaleza de su Autor y del Derecho por el cual ha sido introducida. Y así, siempre permanece firme, como su Autor y el Derecho por el cual ha sido

183. Vid. supra nota 169.

184. *Suppl.*, q. 58, art.1, in c.

185. Supra notas 172-174.

186. J. CARRERAS, *Il "bonum coniugum" oggetto del consenso matrimoniale*, en "Ius Ecclesiae", 6 (1994), pp. 128-134

introducida"¹⁸⁷. Desde la lógica de los contratos sinalagmáticos no puede percibirse la existencia y naturaleza típica del vínculo matrimonial, nacido por virtud del consentimiento irrevocable, que, aun contraído en situaciones que hacen imposible la efectiva realización de las obligaciones matrimoniales, como puede ser la proximidad inmediata de la muerte, da origen a una vinculación divina irreversible entre ellos.

En la visión contractualista dinámica, de acuerdo con la filosofía de los intereses comerciales y mercantiles que subyace en la regulación jurídica de su práctica, los intereses prevalentes de los cónyuges están en las prestaciones mutuas que tienen lugar en la vida conyugal, como si ése fuera el ámbito propio del objeto del consentimiento y el constitutivo único de la relación matrimonial. El don de sí entonces resulta sinónimo del efectivo logro satisfactorio de la dinámica matrimonial, aunque esté concebida desde un subjetivismo egoísta. Partiendo de esta lógica fría de los intereses contractuales, que sólo sabe de efectivos resultados, no cabe entender que las prestaciones personalísimas, como son las del matrimonio, sólo pueden cumplirse en la medida de las personales posibilidades y que pretender exigir, en este ámbito, con el frío cálculo de los balances de intereses implica una verdadera desnaturalización del matrimonio. Entre otras muchas consecuencias negativas dimanantes de este planteamiento, una es particularmente contraria a la entraña del sistema matrimonial canónico: carecería ya de todo sentido la distinción básica que el ordenamiento canónico hace entre el matrimonio *in fieri* y el matrimonio *in facto esse*, porque se pretende mantener abierto el matrimonio a una capacidad de realización de las obligaciones, posterior a la consumación, que no permite entender por qué "por el acto humano en que los cónyuges se dan y entregan mutuamente, se origina un instituto confirmado por la ordenación divina"¹⁸⁸.

¹⁸⁷. Enrique DE SEGUSIO, *Lectura in IV Decretalium*, rub. *De sponsa duorum*, cap. V, 5. Cfr. T. RINCÓN, *El matrimonio misterio y signo. Siglos IX al XIII*, Pamplona 1971, pp. 392-393.

¹⁸⁸. *Gaudium et spes*, n. 48.

Estos inconvenientes consiguientes a la pretensión de asentar, sobre la dogmática jurídica de los contratos, la relevancia de la incapacidad de cumplir las obligaciones matrimoniales, no son superados por otra tendencia de la jurisprudencia rotal, que, manteniendo la misma visión de fondo, interpreta la incapacidad de asumir como un defecto o un vicio del consentimiento. Estamos ante una terminología que, de intento, evita la expresión incapacidad de consentir en matrimonio, porque, para defender la autonomía de este capítulo de nulidad respecto de la falta de discreción de juicio, se empeña en defender que, en este supuesto, permanece intacta la capacidad psicológica de consentir en matrimonio, en un pretendido paralelismo con los vicios o defectos del consentimiento, por lo que toda la relevancia canónica de este vicio o defecto del consentimiento, que no afectaría para nada al entendimiento y a la voluntad, se proyectaría fuera del consentimiento mismo: en una incapacidad de cumplir el objeto del consentimiento¹⁸⁹, que, como se ve, es absolutamente diferente a la efectividad propia de los demás vicios o defectos del consentimiento. Fijado así el objeto de esta incapacidad, aunque se la denomine defecto o vicio del consentimiento, su incidencia canónica es valorada desde la misma óptica jurídica que la llamada incapacidad para el objeto del contrato. De ahí que incurra en los mismos inconvenientes que sobre ese planteamiento acabamos de señalar, además de otros que su pretendida originalidad lleva consigo.

En efecto, A. Arza, después de hacer notar la insuficiencia del concepto *matrimonio contrato*, que "mutila de alguna manera la

¹⁸⁹ C. LEFEBVRE, 2. XII. 1967, n. 10, vol. 59, p. 804; C. ANNÉE, 25. II. 1969, nn. 11-12, vol. 61, pp. 181-182; C. ANNÉE, 6. II. 1973, n. 2, vol. 65, p. 64; C. BRUNO, 30. III. 1979, n. 4, vol. 71, p. 120; C. STANKIEWICZ, 28. III. 1991, n.10, vol. 83, p. 347; C. DAVINO, 20. II. 1992, n. 2, vol. 84, p. 86; C. POMPEDDA, 4. V. 1995, n. 3, vol. 84, p. 223. Esta incapacidad, se dice en una C. ANNÉE, 25. II. 1969, n. 11, vol. 61, p. 181, "parece referirse a la incapacidad de asumir y ejecutar las obligaciones matrimoniales más que a la incapacidad de elegir, con suficiente discreción de juicio y libertad interna, la condición conyugal".

visión total y plena del objeto del consentimiento matrimonial"¹⁹⁰, presenta estos supuestos elementos esenciales del consentimiento matrimonial: "La exclusividad del derecho, su perpetuidad, las obligaciones derivadas del contrato, la capacidad o incapacidad de cumplimiento de esas obligaciones y la asunción de las mismas etc."¹⁹¹. Lo que no es óbice para que el mismo autor, en otro momento, haga otro elenco de elementos esenciales del consentimiento no coincidente con el anterior¹⁹². No menores dificultades plantea P. Huizing, al abandonar el esquema contractualista, a que tan firmemente había estado aferrado antes, para adoptar el personalismo como clave de comprensión del matrimonio, pues incurre en conclusiones tan extremas como su afirmación de que ya no se puede hablar de la validez o nulidad del matrimonio, por ser éstos conceptos jurídicos asentados sobre la categoría contrato, que ahora habría que sustituir por la personal unión de los cónyuges, la cual tampoco permitiría hablar de una indisolubilidad jurídica sino *real*¹⁹³.

Pero lo que más ha influido para dar una aparente racionalidad a la opinión que sitúa la incapacidad de asumir/cumplir los deberes esenciales del matrimonio en la imposibilidad de cumplir el objeto del consentimiento, ha sido un razonamiento que pretende identificar el campo de esta incapacidad con el que es propio de la simulación.

190. A. ARZA, *Los homosexuales...*, p. 73.

191. *Ibidem*, p. 65.

192. "En este acto consensual, para que el acto del consentimiento sea válido, y por consiguiente produzca el consiguiente negocio, del que es causa eficiente, tiene que haber los siguientes elementos: 1. capacidad de parte de las personas, tanto intelectivas como volitivas para el negocio; 2. capacidad para las obligaciones y derechos esenciales que derivan, tanto natural como por ley positiva del negocio; 3. voluntad de aceptación del acuerdo y del negocio con todos sus elementos esenciales; 4. manifestación de la voluntad debidamente realizada; 5. ausencia de obstáculos tanto de parte de la persona como de la ley para la formación y manifestación de esa voluntad". A. ARZA, *Incapacidad para asumir las obligaciones del matrimonio*, en "Il Diritto ecclesiastico", 1980 I, p. 483.

193. P. HUIZING, *La conception du mariage dans le code, le Concile et le "schema de Sacramentis"*, en "Revue de droit canonique", 1977, pp. 135 y ss.

Con gran sencillez formal, expone así una decisión rotal este razonamiento: "No existe en este caso exclusión del objeto, como se determina en el c. 1086, § 2 (CIC17), sino que se verifica un *defecto* del objeto, en cuanto que el contrayente es incapaz de dar y aceptar el *ius in corpus*"¹⁹⁴. Desde una visión interesada en la efectiva obtención de las prestaciones que cada una de las partes pueda desear de su respectivo consorte, este razonamiento puede parecer muy convincente, porque esas prestaciones se hacen imposibles tanto por su exclusión en el momento de contraer como por su imposible realización después de haber sido contraído el matrimonio. Pero ese modo de razonar olvida un dato importante: no tiene la misma relevancia, en el sistema matrimonial canónico, la imposibilidad de las prestaciones mutuas en la vida matrimonial que la voluntad que, en el acto mismo de contraer, excluye positivamente una obligación matrimonial. Tal exclusión positiva puede desnaturalizar el consentimiento matrimonial; pero la incapacidad para cumplir esa misma obligación, en la hipótesis de que no afecte a la capacidad psicológica para consentir (como afirman siempre los defensores de la incapacidad de asumir/ cumplir las obligaciones matrimoniales), incidiendo sólo en la posibilidad de lograr o no la efectiva realización del *usus matrimonii*, no puede equipararse con la relevancia de la simulación afectante al acto mismo de consentir.

A la vista de esta diferencia que media entre la positiva exclusión de una obligación, en el momento mismo de consentir, y la imposibilidad de cumplirla, a lo largo de la vida matrimonial, se comprende que no hayan sido coincidentes los campos de aplicación de la simulación y de la incapacidad de asumir/ cumplir. De ahí que recientemente un partidario decidido de hacer coincidir lo más posible el campo de juego de estas dos figuras, como J. M. Serrano, haya propuesto todo un plan de actuación de la futura jurisprudencia en orden a la aplicación de las conquistas jurisprudenciales, hechas en torno a la incapacidad de cumplir las obligaciones esenciales, al

¹⁹⁴. C. LEFEBVRE, 2. XII. 1967, n. 10, vol. 59, p. 804.

campo de la simulación¹⁹⁵, En síntesis, se trataría de dar relevancia, en orden a la nulidad del matrimonio por simulación, a los comportamientos mantenidos en la vida matrimonial, como determinantes de una exclusión, en paridad con el juego obtenido en la incapacidad de asumir/cumplir. Pero esa misma propuesta es, al mismo tiempo, la más clara expresión de que, hasta el momento, la jurisprudencia no ha dado ese tratamiento paritario al ámbito de la incapacidad de asumir/cumplir y al de la simulación.

4. *La incapacidad de cumplir y la supuesta inconsumación del matrimonio*

Una cuarta opinión, sostenida por J. Bernhard –coincidente con la segunda y tercera tendencia, antes expuestas, en que es la incapacidad para cumplir las obligaciones esenciales del matrimonio la fuente de la nulidad causada por la incapacidad psicológica que venimos analizando– entiende que son confusas y menos sinceras las dos referidas tendencias, porque, situando el origen de tal nulidad matrimonial en la incapacidad para cumplir las obligaciones, la denominan, sin embargo, incapacidad de asumirlas, como si temieran esas dos tendencias algunos inconvenientes dimanantes de la manifestación abierta del origen y fuente de la nulidad que en realidad defienden. En todo caso, para valorar adecuadamente el alcance que da Bernhard a su opinión y a las que defienden otras tendencias, en torno al tema que nos ocupa, se ha de tener en cuenta que él mismo relativiza los logros que, en torno a la delimitación de la incapacidad que venimos estudiando, se hayan podido alcanzar, pues entiende que toda definición y determinación de este capítulo se ha de considerar

¹⁹⁵. J. M. SERRANO RUIZ, *Incapacidad y exclusión: afinidades y divergencias entre los dos grandes temas de nulidad de matrimonio*, en AA. VV., *Curso de Derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro*, Salamanca 1982, pp. 175-193.

hoy provisional por la gran diversidad existente entre las opiniones que a él se refieren¹⁹⁶.

La salvedad anterior –que es muy significativa a la vista de la audacia con que Bernhard va a exponer su opinión– se vierte inmediatamente en una decidida defensa de que el capítulo de nulidad que estudiamos radica en la incapacidad de cumplir o realizar las obligaciones esenciales del matrimonio y no en la incapacidad de asumirlas. Como esta terminología y opinión suya no se encuentra en los textos elaborados por los codificadores, que mencionan sólo la incapacidad de asumir las obligaciones, entiende que esa postura no ha contribuido nada a esclarecer la naturaleza y efectos de esta incapacidad¹⁹⁷. Para justificar este aserto, Bernhard va a exponer razones diversas, encaminadas unas a demostrar los inconvenientes de las opiniones que, según hemos visto ya, identifican la incapacidad de asumir y la de cumplir las obligaciones, y otras tendentes a la demostración directa de su tesis: la dinámica propia de la vida matrimonial debe ser analizada por los tribunales de la Iglesia con la pretensión de encontrar en ella datos suficientemente relevantes por sí mismos para pronunciarse sobre los matrimonios sometidos a su jurisdicción.

En su crítica a las opiniones no coincidentes con la suya, Bernhard rechaza el sentir de los sectores de la jurisprudencia y de la doctrina que justifican el paso de la incapacidad de cumplir las obligaciones a la incapacidad de asumirlas, como si fueran sinónimas de una misma realidad jurídica. En este sentido hace notar que uno puede ser capaz de asumir una obligación aunque sea incapaz de mantenerla, como ocurre con la asunción abstracta y objetiva de una obligación por parte de una persona cuya calidad moral no le permite sostenerla. Este dato –continúa diciendo Bernhard– no puede ser revocado

¹⁹⁶. J. BERNHARD, *Réflexion critique sur l'incapacité morale*, en "Revue de Droit canonique", 25 (1975) p. 274.

¹⁹⁷. J. BERNHARD, *L'incapacité morale: incapacité à assumer ou à accomplir les obligations du mariage?*, en AA.VV., *Etudes de Droit et d'Histoire. Melanges Mgr. H. Wagnon*, Lovaina 1976, pp. 461 y 465.

arguyendo que, en el matrimonio, la incapacidad de cumplir equivale a la incapacidad de asumir, porque estamos ante una obligación que se asume a título de contrato válido. Tal recurso al carácter contractual del compromiso matrimonial le parece a Bernhard artificioso, porque entiende que el matrimonio es una relación interpersonal y no contractual. De nada sirve alegar, en este punto, el adagio *impossibilia nulla obligatio*, pues éste quiere decir que no es legítima la pretensión de urgir la ejecución de una obligación que ha llegado a ser irrealizable o imposible; pero eso no significa que quien es incapaz de atenerse a una obligación, necesariamente sea incapaz de asumirla o de obligarse, aunque sea a título de contrato. "Más que considerar sinónimas las expresiones incapacidad de asumir y de cumplir o realizar las obligaciones, ¿no convendría calificar la nueva incapacidad como incapacidad de cumplir las obligaciones esenciales?"¹⁹⁸.

A la vista de este razonamiento, se comprende que Bernhard considere inadecuado justificar la incapacidad de asumir, dimanante de la incapacidad de cumplir, mediante la distinción *consentimiento naturalmente suficiente - consentimiento jurídicamente eficaz*, arguyendo, una vez más, que esa distinción parte de la consideración del matrimonio como contrato, que es inadecuada, por ser, en realidad, una relación interpersonal¹⁹⁹. Pero quizá la crítica más aguda que hace Bernhard a quienes entienden que es muy conveniente, en nuestro tiempo, hacer una ampliación del campo en que se aplican las declaraciones de nulidad matrimonial, mediante la equiparación de la incapacidad de asumir las obligaciones y la de cumplirlas, es la que formula en estos términos: "La tendencia actual a ampliar las causas de nulidad de matrimonio (...) que, en la opinión de muchos juristas, contribuye a templar la aplicación del divorcio y la disolución del matrimonio mediante una suavización de la teoría de las nulidades del matrimonio, es francamente criticable. En efecto, al reconocer que

¹⁹⁸. Ibidem, p. 469.

¹⁹⁹. Ibidem, p. 470.

tal suavización permitiría devolver su libertad a unos esposos desgraciados, se está admitiendo que el derecho positivo no puede mantener un vínculo conyugal destruido por los hechos (...). Estas consideraciones nos pueden ayudar a valorar mejor las reacciones de ciertos teólogos y canonistas ante las propuestas de ampliar los capítulos de nulidad. Estos no deberán ser una solución a los problemas del fracaso matrimonial. Porque la declaración de nulidad da a entender que nunca existió ese matrimonio, y en el plano de la realidad eso es falso. Uno no tiene el derecho de reducir a la nada, de un solo trazo, cinco, diez o más años de una existencia. Sea lo que fuera de estos fracasos y de sus causas, ¿podemos decir, ante la relación conyugal que se acaba, que no existió jamás una verdadera relación?"²⁰⁰.

Además de esta crítica a la opinión que identifica la incapacidad de cumplir las obligaciones con la incapacidad de asumirlas, como si ésta fuera una simple consecuencia de aquélla, Bernhard se propone demostrar que la incapacidad de cumplir, por sí misma, es el origen determinante de la nulidad del matrimonio, sin que deba referirse el juez a la capacidad o incapacidad de asumir para adoptar la resolución que considere justa. Al hacerlo, entiende que procede con una sinceridad y franqueza que echa de menos en quienes, buscando el origen de la nulidad en la incapacidad para cumplir las obligaciones esenciales del matrimonio, no formulan así el capítulo de nulidad, sino como incapacidad para asumirlas, por entender que son iguales una y otra formulación. De ahí que la consideración, aquí y ahora, de la opinión de Bernhard –que contiene graves inconvenientes respecto de la justa actuación de los tribunales de la Iglesia– resulte particularmente expresiva de los mismos inconvenientes que, sin ser explícitamente manifestados por quienes ven en la incapacidad de cumplir las obligaciones el origen determinante de la incapacidad de

²⁰⁰. J. BERNHARD, *Réflexion critique...*, p. 284.

asumirlas, en realidad, mantienen una cercanía con los criterios explicitados por Bernhard, que ahora pasamos a resumir.

En orden a demostrar que la vida matrimonial debe ser considerada por los jueces como fuente directa de las decisiones por ellos adoptadas, se pregunta Bernhard ¿cómo se puede conciliar esa opinión con el principio *matrimonium facit consensus*? Estamos ante una pregunta que también se plantea ante las opiniones, recogidas en apartados anteriores, sobre la necesidad de una capacidad psicológica específica para realizar, ejecutar o llevar a la práctica el matrimonio *in facto esse*, diferenciada de la que requiere el matrimonio *in fieri*. En su respuesta, insiste Bernhard en que el principio *matrimonium facit consensus* hace referencia sólo a un acto de presente, mientras la comunidad de vida y amor se edifica sólo en la duración prolongada. El consentimiento es algo meramente puntual. Aunque en la visión de tiempos anteriores sólo el "sí" fundador del matrimonio parecía representar toda la densidad, riqueza y realidad conyugal, ahora es necesario destacar la importancia del "sí" *pérégrinant* que precede, acompaña y sigue a la celebración del matrimonio. En lugar de ver el consentimiento como causa que hace entrar en un estado conyugal cuyas "cualidades esenciales" son adquiridas automáticamente, ha de ser considerado como un devenir. El matrimonio entonces no es un estado estático, sino un proceso. No sería entonces legítimo, llegado el momento de apreciar la validez de un matrimonio, considerar el punto de partida del "sí" fundador del matrimonio como el todo y sólo determinante. No habría que separar el "sí", el compromiso matrimonial, de su realización, de su cumplimiento, de su actualización incesante a lo largo de la vida conyugal. Habría, pues, que dar gran valor a la visión del matrimonio como peregrinaje, como proceso, como globalidad en la existencia²⁰¹.

201. J. BERNHARD, *La durée du mariage et ses implications canoniques*, en "Revue de Droit canonique", 33, (1983), pp. 278-279.

Entiende Bernhard que esta nueva perspectiva debe ser asimilada por los tribunales eclesiásticos, para que en su actividad renuncien a esa frontera, a esa línea de demarcación infranqueable, a ese tabique hermético que la jurisprudencia canónica ha establecido entre los periodos de "antes" y "después" del consentimiento. Esta nueva visión permite ver la fidelidad y la duración del matrimonio como inventiva creadora, como lo demanda la comunidad de vida y amor. Casarse es progresar vitalmente. El amor que dura es el que crece. Hay que superar la visión de la fidelidad y la duración que conocen los canonistas –emitido el consentimiento de una vez por todas, basta estar sobre los raíles, el tiempo es sólo el desarrollo de una realidad inicial, porque la fidelidad es sólo el desarrollo de un contenido contractual, de unos derechos y deberes que nacen de un contrato– para ver la fidelidad en la dinámica de la realización, de la edificación del proyecto interpersonal del amor. Desde esta perspectiva, la ruptura irreversible de la unión es la negación más radical y explosiva del amor que crece, de la unión inventiva y creadora y, por consiguiente, deben los jueces atenerse a esa ruptura, a ese fracaso, teniendo en cuenta que el matrimonio válido es una conquista siempre provisional, una humilde y perpetua búsqueda de la comunión de vida y amor²⁰².

Abierta así toda la existencia histórica de los casados a la realización del matrimonio y a su nulidad, por el fracaso de su unión, entiende Bernhard que ha justificado suficientemente la necesidad de tipificar la incapacidad que venimos estudiando como incapacidad para cumplir los deberes del matrimonio. Como él sabe que hay tendencias en la jurisprudencia y en la doctrina que, aunque hablan de incapacidad de asumir, en realidad la entienden, lo mismo que Bernhard, como incapacidad de cumplir, no deja de aludir a las conexiones que su opinión tiene con tales tendencias: el capítulo de nulidad incapacidad de asumir no debe ser visto como una radical incapacidad de uno de los cónyuges para asumir/cumplir las

²⁰². Ibidem, pp. 280-285.

obligaciones esenciales, bastará con apreciar la incapacidad de la pareja para alcanzar un cierto grado en el acabamiento existencial de su matrimonio²⁰³. Bernhard procura acercar lo más posible esta opinión suya a la de algún ponente rotal, por lo cual, continúa exponiendo así su personal opinión: "La ruptura irreversible de la unión es la negación más radical y más explosiva del amor que va creciendo, de la duración inventiva y creadora (...). En cuanto a la insuficiencia del compromiso por no haber llegado a la consistencia matrimonial suficiente en la peregrinación matrimonial, el hecho de la ruptura irreversible es uno de los criterios determinantes. En su sentencia de 9. V. 1980 –continúa diciendo Bernhard– Mons. Serrano, auditor del Tribunal de la Rota, declaró: El fracaso de un matrimonio no es él solo una razón perentoria de la nulidad; él es siempre el indicio de una debilidad inicial de un pacto que nació para ser perpetuo"²⁰⁴.

Si, en la presentación de su opinión sobre la necesidad de una capacidad de cumplir los deberes matrimoniales, busca Bernhard los posibles puntos de coincidencia con otras corrientes de opinión más o menos cercanas a la suya, a la hora de justificar sus propuestas, lo hace embarcándose en unos razonamientos personales no aceptados por las corrientes a que él dice estar próximo: "Según la tesis que nosotros proponemos, el matrimonio será considerado como no consumado mientras los esposos no hayan conducido el amor conyugal a un grado de un cierto acabamiento humano y cristiano, mientras no hayan constituido una profunda comunidad de vida y amor, símbolo explícito de la unión de Cristo y la Iglesia, mientras no hayan tomado conciencia de que la indisolubilidad absoluta de su matrimonio se enraíza en su fe y en su fidelidad a Cristo. En otras palabras, la consumación del matrimonio así entendida parece que debe ser más progresiva: la realización de una consumación así no

²⁰³. J. BERNHARD, *Perspectives renouvelées sur l'hypothèse de la consommation existentielle et dans la foi du mariage chrétien*, en "Revue de Droit canonique" 24 (1974), p. 339.

²⁰⁴. J. BERNHARD, *La durée du mariage...*, p. 282.

será alcanzada sin un caminar más o menos largo y sin un esfuerzo más o menos perseverante cumplido con la ayuda de la gracia"²⁰⁵. A partir de esta singular visión del matrimonio consumado²⁰⁶, deja abierta Bernhard una aplicación muy extensa de la disolución por la Iglesia de los matrimonios que él llama no consumados o fracasados, que, no siendo ya declaraciones de nulidad, podrían hacerse mediante un procedimiento menos complejo y más breve²⁰⁷.

Pero conviene tener en cuenta que este posicionamiento tan singular de Bernhard pretende ser justificado por él acudiendo al magisterio del Vaticano II, que, considerando al matrimonio como "comunidad profunda de vida y amor", lo presenta exigiendo una continua superación de sí mismo y en comunicación mutua interpersonal de los cónyuges²⁰⁸. Estamos ante los mismos conceptos que otras decisiones rotales y otros canonistas, defensores de la incapacidad de asumir/cumplir, han presentado también en defensa de la necesidad de que los cónyuges tengan una capacidad psicológica de realizar la "comunidad de vida". Es verdad que esta segunda tendencia no intenta justificar su opinión proponiendo formalmente una alteración del significado del concepto *matrimonio consumado*, como hace Bernhard, ni pretende convertir las declaraciones de nulidad en disoluciones del matrimonio no consumado mediante un procedimiento más breve. Pero ¿es realmente diferente el ámbito de capacidad psicológica que demandan quienes defienden la incapacidad de asumir/ cumplir y Bernhard en su exigencia de una incapacidad de cumplir las obligaciones del matrimonio? A nuestro entender, no. Porque ambas tendencias coinciden en la exigencia de

205. J. BERNHARD, *A propos de l'hypothèse concernant la notion de "consommation existentielle" du mariage*, en "Revue de Droit canonique", 20 (1970) p. 187.

206. En relación con este punto vid. T. RINCÓN, *Indisolubilidad y consumación del matrimonio en los siglos IX al XIII* en "Ius canonicum", 11, n. 21 (1971) pp. 119 ss.; E. TEJERO, *Indisolubilidad y consumación del matrimonio en los siglos XIV al XVI*, Ibidem, pp. 142 ss.

207. J. BERNHARD, *A propos de l'hypothèse...*, p. 191.

208. Ibidem, p. 186.

una capacidad psicológica para realizar, edificar o ejecutar el matrimonio, habiendo sido ya cumplido el nivel de exigencia requerido por el matrimonio *in fieri*. Esta exigencia, además, es presentada por ambas tendencias –aunque empleando categorías diferentes en su pretendida demostración– como dimanante del magisterio del Vaticano II, cuando ni la letra ni el espíritu de los textos conciliares admiten la degradación del matrimonio *in fieri* que tales teorías implican.

V. INCAPACIDAD DE ASUMIR Y "IUS CONNUBII"

El valor prevalente que, respecto de toda actuación jurídica concreta de ámbito matrimonial, es propio del *ius connubii*, obliga a preguntarse si las diferentes opiniones aquí expuestas, sobre la significación de la incapacidad de asumir los deberes matrimoniales y sobre su específica naturaleza jurídica, son igualmente respetuosas con las exigencias que implica ese derecho fundamental de la persona humana y de los fieles o cabe apreciar posibles desconocimientos o agresiones a ese derecho en alguna de las opiniones o actuaciones judiciales que venimos analizando.

Desarrollando el magisterio de León XIII sobre "El derecho natural y primigenio del hombre al matrimonio (...) constituido por Dios desde el principio sin que ninguna ley humana pueda vulnerarlo"²⁰⁹, Juan Pablo II ha formulado así el ámbito de este derecho: "Cada hombre y cada mujer, habiendo alcanzado la edad matrimonial y teniendo la capacidad necesaria, tienen el derecho de contraer matrimonio y establecer una familia sin discriminaciones de ningún tipo; las restricciones legales a ejercer este derecho, sean de naturaleza permanente o temporal, pueden ser introducidas únicamente cuando son requeridas por graves y objetivas exigencias de la institución del

²⁰⁹. *Rerum novarum*, 9.

matrimonio mismo y de su carácter social y público; deben respetar, en todo caso, la dignidad y los derechos fundamentales de la persona"²¹⁰.

No puede decirse, sin embargo, que el CIC hoy vigente ni el que le precedió hayan mostrado un interés prevalente en hacer una formulación abierta de este derecho fundamental de la persona humana, que es también un derecho de los fieles en el ordenamiento canónico. En efecto, como ha hecho notar recientemente J. I. Bañares, el c. 219 del CIC83, al establecer que "en la elección del estado de vida, todos los fieles tienen el derecho a ser inmunes de cualquier coacción", hace una formulación excesivamente general, que resulta pobre como expresión del derecho fundamental del fiel al matrimonio, pues no llega a nombrarse de modo concreto, además de presentar su contenido de modo reductivo, ya que el *ius connubii* no se agota en "el derecho a ser inmune de cualquier coacción". Tampoco el c. 1058 del Código hoy vigente—"pueden contraer (...) aquellos a quienes el Derecho no se lo prohíba"—, limitándose a reiterar una fórmula proveniente del Derecho de Decretales²¹¹, supera esas deficiencias, por hacer una formulación poco positiva y excesivamente vinculada a la norma legal, que no distingue entre el derecho fundamental de la persona, nativo, permanente e irrenunciable, y la legítima regulación de su ejercicio. De ahí que no estamos

ante una visión del *ius connubii* como elemento básico que fundamenta, a la vez que exige, toda la regulación normativa del sistema, ni acierta a corregir la visión de un derecho fundamental que es restringido por la sociedad en aras del bien común²¹².

A la vista de estas deficiencias en la formulación del *ius connubii* en el ordenamiento canónico, se comprende que ni las decisiones

210. *Carta de los derechos fundamentales de la familia*, art. 1.

211. Cap. 23, X, 4, 1.

212. J. I. BAÑARES, *Comentario al c. 1058*, en AA.VV., *Comentario exegetico al Código de Derecho canónico*, Pamplona, 1996, vol. III, pp. 164-166.

rotales ni la doctrina canónica hayan acudido a esa pieza básica del sistema para nutrir desde ella la solidez de sus opiniones y apreciaciones sobre la capacidad psicológica para consentir en matrimonio. En primer término, por la escasez de referencias al *ius connubii* en la literatura que se ha ocupado de la incapacidad para consentir en matrimonio, y también porque esas referencias adolecen de las deficiencias que se encuentran en el CIC.

Tal vez ha sido Stankiewicz quien ha mostrado con más claridad la necesidad de tomar en consideración el derecho al matrimonio en la delimitación de las exigencias provenientes de la capacidad psicológica: "de lo contrario se corre el peligro de negar el *ius connubii* a una gran parte de fieles no del todo perfectamente integrada bajo el aspecto psicológico y psíquico. En efecto, la relevancia de los disturbios mentales irá siempre en aumento a medida que se desarrollan más la psicología y la psiquiatría. Si se pone como criterio de incapacidad psíquica la *madurez de la personalidad*, ya hoy se puede constatar con l'Allport: 'Algunas personas se acercan a la madurez verdadera, pero ¿existe alguno que la alcance plenamente?'"²¹³. En parecidos términos se expresa en una decisión rotal: "Si se admitieran en el ámbito jurídico los postulados, especialmente psicológicos, por lo demás muy útiles para instaurar una comunión feliz de vida conyugal, como la dulzura de trato, convirtiéndolos en esenciales jurídicamente en la definición de la capacidad psicológica del nupcial para la donación de la persona o para la relación interpersonal, tal conversión quebrantaría evidentemente el derecho natural a contraer matrimonio, pues todos los que no lo tengan prohibido por el derecho pueden contraer (c.1035 CIC83)"²¹⁴.

No obstante, a la hora de mostrar la necesidad de tener en cuenta el referido canon, razona así Stankiewicz: "De intento se dice 'quienes no lo tengan prohibido por el derecho', para que así se excluya

²¹³. A. STANKIEWICZ, *L'incapacità psichica nel matrimonio: terminologia, criteri*, en "Apollinaris", 53 (1980) p. 71.

²¹⁴. C. STANKIEWICZ, 31. V. 1979, n. 6. vol. 71, pp. 310-311.

cualquier otra fuente de incapacidad para contraer matrimonio que no sea la ley"²¹⁵. Como se ve, estamos ante un intento de limitar el campo de juego de la incapacidad psicológica, respecto de la nulidad del matrimonio, ateniéndose sólo a la incapacidad determinada por la ley; pero no se tiene en cuenta que la ley misma ha de respetar las exigencias del *ius connubii*. En todo caso, estamos ante una opinión que merece ser destacada por afirmar claramente que el respeto al *ius connubii* exige atenerse, con fidelidad, a los pronunciamientos legales buscando sólo en ellos la fuente de la posible incapacidad para el matrimonio. Este criterio no es mantenido por otros defensores de la incapacidad de asumir/cumplir, que, situando esa incapacidad en el ámbito de las inhabilidades o en el de las incapacidades, razonan sin sentirse obligados a ceñir sus argumentos a los contenidos normativos expresos del ordenamiento canónico sobre el matrimonio, y tampoco muestran interés en demostrar que sus razonamientos –discurriendo preferentemente por las exigencias generales de los contratos– sean coherentes con el *ius connubii*.

Es de notar, en este sentido, el silencio que, respecto del *ius connubii*, mantienen Keating y otros autores y ponentes de la Rota Romana que siguen su opinión, como si sus propuestas de considerar nulo el matrimonio por incapacidad de asumir/ cumplir, aunque exista un *consensus naturaliter sufficiens*, no afectaran para nada al derecho fundamental al matrimonio de quien tuviera esa referida capacidad psicológica natural. A la hora de justificar esa propuesta, lo hacen arbitrando un supuesto paralelismo entre la supuesta inhabilidad que implicaría la incapacidad de asumir/cumplir y las normas vigentes sobre la necesidad de una forma canónica y una ausencia de impedimentos para que el consentimiento sea jurídicamente eficaz²¹⁶. Pero este razonamiento es una afirmación gratuita de que la incapacidad de asumir/cumplir implica una identidad de supuesto de norma, respecto de las disposiciones canónicas sobre la forma o los impedimentos,

²¹⁵. Ibidem, p. 311.

²¹⁶. KEATING, *The Bearing...*, p. 172.

cuando el ordenamiento –ni en el CIC17 ni en el CIC83– nunca hace esa contemplación de la incapacidad de asumir/cumplir y hay muchos motivos para dudar de las razones aducidas para defender esa pretendida identidad de supuesto de norma que pretende aplicar, a una hipótesis concreta, una norma que el ordenamiento vigente, en realidad, no refiere a ella.

Sólo W. T. Tobin, entre los autores que siguen el planteamiento que acabamos de indicar, pretende explicar, de un modo un tanto singular, que no sufriría merma alguna el *ius connubii* por calificar, como impedimento de derecho eclesiástico, la incapacidad psicológica de cumplir los deberes matrimoniales: tal impedimento eclesiástico "de una parte, mantiene el *ius connubii*, porque puede ser dispensado; y de otra, permite a la parte inocente el derecho de impugnar el matrimonio"²¹⁷. Pero este razonamiento, lejos de mostrar la coherencia que debería existir entre el *ius connubii* y el pretendido impedimento de incapacidad para asumir/cumplir, muestra más bien la convicción de que ese supuesto impedimento es contrario el *ius connubii* y, por ello, sólo acierta a ver el mantenimiento de ese derecho fundamental por la posible dispensa de tal supuesto impedimento –contrario al *ius connubii*– a petición de una de las partes. El razonamiento, además, discurre sin preguntarse si el *ius connubii* puede hacer tolerable la existencia del supuesto impedimento, de su hipotética dispensa y del supuesto derecho de la llamada *parte inocente* –no se sabe por qué– para impugnar el matrimonio. En todo caso, cierra W. T. Tobin la afirmación última de su propuesta con una frase que es más una declaración de intenciones que una verdadera justificación: "Se establece este impedimento nuevo, porque en la práctica con frecuencia no se puede probar, con certeza moral, que tales personas no pudieron prestar un verdadero consentimiento matrimonial"²¹⁸.

217. W. T. TOBIN, *Homosexuality and Marriage*, Roma 1964, p. 278.

218. *Ibidem*.

A la vista de razonamientos como éste, que buscan, por la vía de un supuesto impedimento, un camino más fácil, para las declaraciones de nulidad por incapacidad psíquica, que difícilmente pueden lograrla por incapacidad para consentir en matrimonio, se entiende por qué, en los trabajos preparatorios del actual c. 1095, afirmó un consultor: "Cuando disputamos sobre la impotencia, vimos que hay una serie de defectos de capacidad que reciben la denominación conjunta de impotencia moral y que han de ser considerados bajo el aspecto del defecto de consentimiento. Hicimos bien juzgando que así debía ser considerada la llamada impotencia moral, como vicio que afecta al consentimiento, pero elegimos una vía más difícil que si hubiéramos tratado la misma cuestión bajo el aspecto de los impedimentos"²¹⁹.

Este camino más difícil, por el que quisieron andar los consultores, alejándose del tratamiento de la incapacidad psicológica por la vía más fácil del impedimento, para ubicarla en las normas del consentimiento, ¿abre paso a una contemplación del problema en una pretendida coherencia con las exigencias del *ius connubii*? Para dar respuesta a esta pregunta oigamos primero en qué términos expresó el relator la delimitación de ese más difícil camino elegido. El 19. II. 1970, el Cardenal Presidente propuso que trataran los consultores *sobre las enfermedades psíquicas que impiden la estimación válida del consentimiento matrimonial y la discreción sobre la naturaleza y deberes del mismo consentimiento, si han de ser tratadas por el Código y en qué lugar*. En su primera intervención el relator centró así el tratamiento de la materia: "La cuestión, que es propuesta por algunos con el nombre de impotencia moral, debe ser conectada íntimamente con la cuestión del consentimiento matrimonial, más que con la cuestión de la impotencia. Pues el consentimiento matrimonial no se refiere sólo a los 'actos por sí aptos para la generación de la prole' sino a todo el objeto del matrimonio (unidad, indisolubilidad, mutua ayuda etc.). Hemos de preguntarnos si los que padecen enfermedades psíquicas son capaces de emitir un verdadero

²¹⁹. *Communicationes*, VII (1975) p. 44.

consentimiento sobre todas las obligaciones esenciales del matrimonio, es decir, un consentimiento que no esté viciado por una incapacidad constitucional de observar las obligaciones esenciales del contrato matrimonial. Hemos de comprobar, por ejemplo, si una mujer ninfománaca o un varón que padece satiriasis son radicalmente incapaces de observar la fidelidad conyugal"²²⁰.

El primer dato a tener en cuenta, en orden a valorar la coherencia de esta opinión con las exigencias del *ius connubii*, es la relación, sólo parcial, existente entre la cuestión planteada por el Cardenal Presidente –la incidencia negativa de las enfermedades mentales en la estimación válida del consentimiento y la discreción de juicio sobre el matrimonio– y la respuesta del relator, que se refiere a la impotencia moral y a la capacidad de observar los deberes esenciales, amplificados hasta incluir, como objeto del contrato matrimonial, la unidad, la indisolubilidad, la mutua ayuda, etc. Como se ve, estamos ante una visión de la incidencia canónica de las enfermedades mentales que no quiere tener en cuenta su repercusión negativa en el acto psicológico de consentir, sino sólo en la capacidad de cumplir u observar las obligaciones esenciales del contrato matrimonial amplificadas genéricamente. Estamos, pues, ante una visión de la incapacidad psicológica para consentir en matrimonio que, de intento, ignora la incidencia negativa de la incapacidad en el acto psicológico de consentir, para hacer jugar su eficacia jurídica sólo en la supuesta incapacidad para observar el objeto amplificado del contrato. Es decir, el único perfil jurídico del matrimonio que se tiene en cuenta, en este razonamiento, son las supuestas exigencias jurídicas del objeto del contrato. Pero ¿es todo esto coherente con las exigencias propias del *ius connubii*?

Para responder a este punto se debe tener en cuenta que "la propia naturaleza del *ius connubii* exige la voluntariedad del acto fundante del matrimonio: en consecuencia el legislador sólo debe –y puede– reconocer el principio de consensualidad, encauzarlo y protegerlo;

²²⁰. Ibidem, VI (1974) p. 193.

pero no puede añadir o restar nada al mínimo naturalmente imprescindible para consentir²²¹. Pero justamente la voluntariedad del acto fundante del matrimonio es el aspecto del consentimiento que, de intento, deja de lado la tendencia que considera la incapacidad psicológica sólo en cuanto incapacita para observar o cumplir el objeto del contrato. Este corrimiento en el campo propio de la incapacidad para consentir en matrimonio es, a nuestro parecer, el atentado mayor que puede hacerse al *ius connubii*, porque cambia el ámbito propio de la aptitud psicológica requerida en los esposos para la fundación del matrimonio, que es la base misma donde se asienta el *ius connubii* y su rasgo básico de exigencia *erga omnes*. En efecto, el c. 1057 § 1 y 2 del CIC83 especifica que es precisamente un acto de la voluntad –el consentimiento del varón y de la mujer– la fuente generante del matrimonio, que no puede ser suplido por nada. Puesto este acto, que es el que hace el matrimonio, sólo tienen incidencia sobre el vínculo el bautismo, que origina el matrimonio rato, y el acto conyugal que da origen al matrimonio consumado (c. 1061 § 1 CIC83). Pretender situar la capacidad psicológica del consentimiento –base del *ius connubii*– en la capacidad psicológica para observar obligaciones posteriores a un matrimonio *in fieri* psicológicamente irreprochable carece de fundamento normativo en el ordenamiento canónico y es el más grave atentado al *ius connubii*. Al Derecho positivo sólo le cabe la función de reconocer el pacto conyugal, que han hecho el hombre y la mujer al consentir voluntariamente en matrimonio, porque la *virtus contrahendi* no la confiere el Derecho positivo, sino que debe reconocérsela al acto voluntario de los contrayentes y a él debe atenerse, con fidelidad, en la regulación positiva del ejercicio del *ius connubii*²²².

A diferencia del c. 1057 § 1, que establece, con nitidez, que el matrimonio lo hace el consentimiento de las partes, los defensores de

²²¹. J. I. BAÑARES, *Comentario al c. 1058*, en *Comentario exegético...*, vol. III, p. 1068.

²²². J. HERVADA-P. LOMBARDÍA, *El Derecho del Pueblo de Dios. III. Derecho matrimonial (I)*, Pamplona, 1973, pp. 315-327.

una incapacidad de asumir/cumplir insisten en que viene ésta exigida por una capacidad de cumplir, observar, realizar, ejecutar, el matrimonio *in facto esse*, que no se encuentra en la terminología de ningún texto del Código vigente, ni del Vaticano II, ni en las normas canónicas anteriores y es, además, contrario a las disposiciones expresas sobre el consentimiento y el matrimonio *in fieri*, que inevitablemente queda preterido si la capacidad psicológica para actuar, hacer, realizar el consentimiento matrimonial no basta para hacer el matrimonio. Por eso mismo, tal exigencia es tan contraria al *ius connubii* en su ser más radical, que no puede justificarse ni pretendiendo arbitrar un impedimento que haga ineficaz el consentimiento naturalmente suficiente, ni afirmando que tal capacidad de cumplir está inserta en la capacidad de consentir. En efecto, no cabe ignorar la eficacia de un consentimiento psicológicamente suficiente alegando la existencia de un impedimento que inhabilitaría a quienes tuvieran esa capacidad, sencillamente, porque tal impedimento ni está tipificado en el ordenamiento ni puede tipificarse, ya que situaría la eficacia jurídica de la incapacidad psicológica en la vida conyugal, cuando el ordenamiento canónico contempla siempre la capacidad jurídica de obrar que corresponde a la libre voluntad de los esposos y a su capacidad psicológica en relación con el momento de consentir.

Ni puede tampoco justificarse la exigencia de la capacidad de asumir/cumplir pretendiendo incluirla en el ámbito de la capacidad para actuar el consentimiento que hace el matrimonio, alegando que, además de la capacidad psicológica suficiente para hacer el acto de voluntad de consentir en matrimonio, que supuestamente vendría exigida en los nn. 1 y 2 del c. 1095, el n. 3 postularía esa capacidad de asumir/cumplir. En efecto, no se ve cómo puede afirmarse que el consentimiento, puesto con tal capacidad de querer libre, no realiza el matrimonio, si tenemos en cuenta que el ordenamiento canónico no contempla nunca un acto de consentir que no sea el referido en el c. 1057 § 1, sin otra referencia al contenido psicológico del mismo que su ser acto de libre voluntad. De ahí que no podamos estar de

acuerdo con J.J. García Faílde, cuando afirma: "De incapacidades naturales se trata en los tres casos contemplados en el c. 1095, nn. 1, 2, 3; en cada uno de estos casos no se trata de una ley positiva humana o divina que inhabilite al contrayente para que realice un consentimiento jurídicamente válido para cuya realización está naturalmente capacitado, sino que se trata de que aún independientemente de que exista esa norma divina o humana positiva el contrayente es, por razón de su misma constitución psicológica anómala, naturalmente incapaz de hacer el acto psicológico humano sin el cual no existe el consentimiento (casos de los nn. 1 y 2) o para prestar el objeto o el elemento esencial del objeto, sin el que tampoco existe el consentimiento matrimonial (caso del n. 3)"²²³. Como se ve, estamos ante una apelación, en última instancia, a la constitución psicológica anómala para prestar el objeto, como origen de la nulidad, que se desentiende de las leyes humanas y divinas sobre la inhabilidad y la incapacidad para el matrimonio, que no puede recibirse como una verdadera justificación canónica.

Finalmente, debe hacerse notar que la tendencia a buscar obligaciones concretas, de cuya observancia habrían de ser capaces los cónyuges, después de haber puesto el acto de voluntad en que consiste el matrimonio *in fieri*, nació y se alimentó, desde su inicio, en una visión contractualista del matrimonio, que leyó el sentido del *ius in corpus*, objeto del consentimiento descrito por el c. 1081 § 2 del CIC17, identificándolo con el sentido que debe darse al objeto de un contrato. Pero esa visión ya no es compatible con el objeto del consentimiento descrito en el c. 1057 § 2 del CIC83, pues, lejos de descender a referir ningún derecho específico ni obligación alguna concreta, que demandara una capacidad específica de cumplir el objeto del consentimiento, es el matrimonio mismo, en su máxima abstracción, el objeto o término del consentimiento en que varón y mujer se entregan, privando así a la corriente doctrinal que venimos

²²³. J. J. GARCÍA FAÍLDE, *La nulidad matrimonial hoy. Doctrina y jurisprudencia*, Barcelona 1994, p. 184; IDEM, *Manual de psiquiatría forense canónica*, Salamanca 1991, p. 164.

criticando del argumento de fondo con que se nutrió siempre su mentalidad contractualista sobre la incapacidad de cumplir. Tal mentalidad entendió siempre que la razón de ser de la impotencia consistiría en una incapacidad para cumplir el objeto esencial del contrato matrimonial; pero esta opinión completamente desconectada de lo que supone la consumación del matrimonio (c. 1061 § 1), en realidad, acaba por dejar sin efecto canónico a la consumación del matrimonio, por lo cual, tiene una coincidencia de fondo con la opinión de Bernhard que ya hemos analizado antes.