TRIBUNAL ECLESIASTICO DE MALAGA

Ante el Ilmo. Sr. D. Salvador López Medina

NULIDAD DE MATRIMONIO (HOMOSEXUALIDAD: INCAPACIDAD DE ASUMIR LAS OBLIGACIONES CONYUGALES, EXCLUSION DEL BIEN DE LA UNIDAD, IMPOTENCIA DEL VARON, ERROR DE CUALIDAD REDUNDANTE EN LA PERSONA)

Sentencia de 7 de octubre de 1978

Universidad Pontificia de Salamanca

El Vice-Provisor de Málaga, don Salvador López Medina, es ponente en esta escueta sentencia cuyo tema es la homosexualidad del demandado. La actora alegó también impotencia del esposo y exclusión de la unidad por parte del mismo, pero estos capítulos no han sido tomados en consideración.

La homosexualidad, probada testificalmente, se toma como base para dos distintos capítulos de nulidad los cuales han sido aceptados en la sentencia. Primero, la incapacidad del esposo para asumir los deberes conyugales. Pero además, la esposa nada sabía de la homosexualidad del demandado hasta después de casada. Según la sentencia, «la homosexualidad afecta a la personalidad psicológica del contrayente, de tal manera que el error sobre dicha cualidad es un error que afecta a la misma persona y es suficiente para tener como nulo el matrimonio».

Universidad Pontificia de Salamanca

Sumario:

I.—EL HECHO: Celebración del matrimonio. La esposa cae en la cuenta de la homosexualidad del demandado. Presentación de la demanda. Fórmula de dudas.

II.—EL DERECHO: 1, Incapaciad para asumir los deberes conyugales por causa de homosexualidad: noción de la homosexualidad; aportaciones doctrinales y jurisprudenciales. 2, Exclusión del bien de la unidad. 3, La impotencia. 4, Error acerca de las cualidades que redunda en error acerca de la persona: doctrina tradicional; orientaciónes de la jurisprudencia moderna. 5, Las pruebas: valor de la confesión judicial.

III.—EN CUANTO AL HECHO: 1, Incapacidad del esposo para asumir los deberes conyugales: manifestaciones de la esposa; adveraciones de los testigos. 2, No se ha probado la nulidad de este matrimonio por exclusión del bien de la unidad por parte del demandado. 3, Ni tampoco por impotencia del mismo. 4, Nulidad por error redundante: ha quedado probada la condición de homosexual del demandado; la actora ignoraba ese defecto antes de la boda.

IV.—PARTE DISPOSITIVA: Consta de la nulidad del matrimonio por incapacidad del demandado para asumir los deberes conyugales y también por error de la actora acerca de las cualidades del demandado que redunda en error acerca de la persona. No consta de la nulidad por exclusión del bien de la unidad por parte del demandado ni por impotencia física del mismo.

I.—EL HECHO

Los litigantes contrajeron matrimonio canónico en Málaga en marzo de 1975, después de un corto noviazgo de siete meses de duración y contando el novio cuarenta y seis años y la novia treinta y cinco (fol. 7). No han tenido descendencia.

Universidad Pontificia de Salamanca

No sabía la esposa que su marido era un homosexual ni lo advirtió durante el noviazgo. Este defecto del marido, conocido de diversas personas, era ignorado por la contrayente. Trató el demandado varias veces de consumar el matrimonio sin conseguirlo, lo que le produjo una gran irritabilidad contra su esposa a la que tachaba de incapaz para la cópula. De aquí pasó el marido a los malos tratos de obra, ayudado en esto por su amigo.

Así las cosas, la esposa presentó ante Nuestro Tribunal una demanda de nulidad de matrimonio en enero de 1977, no compareciendo el demandado para contestarla, de modo que, declarado contumaz, las dudas se establecieron de la siguiente manera en la Comparecencia celebrada el 7 de marzo del mismo año:

1) Si consta de la nulidad de este matrimonio por incapacidad del demandado para asumir los deberes conyugales por causa de su homosexualidad.

2) Si consta de la nulidad de este matrimonio por exclusión del bien de la unidad por parte del mismo, a tenor del can. 1086, § 2.

3) Si consta de la nulidad de este matrimonio por impotencia física del demandado a tenor del can. 1068, § 1.

4) Si consta de la nulidad de este matrimonio por error de la actora acerca de las cualidades del demandado que redundan en error acerca de la persona, a tenor del can. 1083, § 2 (fol. 31).

Tramitado el pleito, llegamos al momento procesal de dictar sentencia.

II.—EL DERECHO

1.—*Incapacidad para asumir los deberes conyugales por causa de la homosexualidad.* La homosexualidad se define: «Perversión sexual según la cual un individuo siente atracción por otro del mismo sexo» (Noguer Moré, J., *Diccionario Enciclopédico de la Educación Sexual* [Barcelona 1971] v. Homosexualidad). López Sáiz y Codón advierten otra característica cuando dicen: «Esta perversión, como es sa-

Universidad Pontificia de Salamanca

bido, consiste en la busca del placer sexual en otro sujeto del mismo sexo, no sintiendo atracción e incluso les causa horror el sexo contrario (sexualmente se entiende, no desde el punto de vista social)». (López Sáiz, Ignacio - Codón, José María, *Psiquiatría Jurídica, Penal, Civil* [Burgos 1951] p. 387).

Oesterle en el año 1955 publicó un artículo en la *Revista Española de Derecho Canónico,* que tituló 'De relatione homosexualitatis ad matrimonium' (vol. X, n. 28). Aquí establece este principio: El homosexual es incapaz de prestar un verdadero consentimiento matrimonial (p. 33). Funda su argumentación en los cáns. 1081 § 2 y 1086. Dice que el consentimiento matrimonial incluye cuatro elementos: a) intención de contraer; b) intención de obligarse; c) capacidad física o moral de obligarse; y d) intención de cumplir la obligación.

Fijándose en el tercer elemento —capacidad física o moral de obligarse— dice que nadie puede celebrar un contrato válido, si no puede libremente disponer del objeto del contrato. Dice textualmente: «A esta clase pertenecen los hombres y mujeres homosexuales e hipersexuales; son arrastrados invenciblemente a actos contra la naturaleza, y por tanto no son dueños de sus propios actos en relación con la legítima unión con la esposa o con el marido, o con otras palabras: son incapaces para obligarse perpetua y exclusivamente a los actos naturales de un matrimonio casto» (p. 35). Dice en otro lugar: «El tal no puede dar y aceptar el derecho al cuerpo, perpetuo y exclusivo, en orden a los actos de suyo aptos para engendrar prole» (p. 41). Según este autor el homosexual no puede prestar el derecho al acto conyugal, que es objeto del contrato.

A esta posibilidad se refiere Arza: «Una nueva orientación en busca de una solución adecuada para todos los casos de homosexualidad ha recalcado en la incapacidad de la asunción de las obligaciones de parte del homosexual, por ser incapaz para cumplir dichas obligaciones. Ahora bien, todo aquél que es incapaz de asumir las obligaciones inherentes esencialmente al contrato y derivadas de su misma naturaleza, es incapaz para dicho contrato... En esta hipótesis, basada en la incapacidad de asumir las

Universidad Pontificia de Salamanca

obligciones y los derechos esencialmente inherentes al contrato, entra en juego una incapacidad básica, natural, fundada en la misma naturaleza del contrato en cuestión. Si se considera de modo general que todos los homosexuales son incapaces de asumir estos derechos y esta obligaciones, se deduciría que el matrimonio de cualquier homosexual sería nulo, no en virtud de una disposición positiva del derecho, sino en virtud de la misma ley natural que exige en todas las personas para un negocio jurídico la capacidad de asumir las obligaciones y derechos derivados de la misma naturaleza del negocio de que se trata. En caso de pedir la nulidad había que demostrar la homosexualidad de la persona sin tener que recurrir a la incapacidad física, mental, al error, a la simulación o cualquier otro capítulo de nulidad» (Arza, Antonio, '¿Los homosexuales incapaces para contraer matrimonio?', en *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Canonico* [Milano 1973] Separata, pp. 61-62).

Esta es la dirección que sigue la sentencia rotal coram Lefebvre, de 2 de diciembre de 1967, que puede verse en SRRD, vol. 49 [1976] pp. 798-807. Sitando a unos médicos dice que «hay homosexuales que no se interesan nada más que por su propio sexo... los invertidos completos no tienen por objeto nada más que individuos pertenecientes al mismo sexo que ellos; se sienten indiferentes ante una mujer o asqueado y lo más frecuentemente incapaces de erección; si llegan a una unión genital no encuentran ningún placer» (*l. c.*, pp. 802-3, n. 9).

De una sentencia rotal del 23 de agosto de 1967 (Leodiensis) toma la coram Lefebvre otra cita, según la cual, «el psiquismo se ve afectado de una enfermedad, de una monomía, que le impide admitir relaciones sexuales, aunque éstas fueran físicamente posibles. No se trata sólo de un miedo al contacto físico, sino de un rechazo obstinado...» (*l. c.*, p. 803, n. 9).

Continúa la sentencia: «En este caso los afectados por este vicio no pueden dar ni aceptar el derecho sobre el cuerpo perpetuo y exclusivo en orden a los actos de suyo aptos para la generación de la prole... Por lo tanto es evidente que nadie puede contraer obligaciones que es inca-

Universidad Pontificia de Salamanca

paz de cumplir a causa de sus cualidades, aunque sean adquiridas. La doctrina admite que es inválido el contrato que verse acerca de un objeto relativamente imposible, porque nadie está obligado a lo imposible» (*l. c.*, p. 803, n. 10).

La sentencia cita a Huizing según el cual «Es incapaz para contraer matrimonio también el que moralmente es incapaz para aceptar el vínculo del derecho y del correspondiente deber perpetuo y exclusivo... puesto que... se trata de la inexistencia del objeto del contrato», y cita entre éstos que son moralmente incapaces a quien «de tal manera aborrece el acto conyugal, que le sea siempre moralmente imposible el realizarlo» (*l. c.*, p. 804, n. 10).

Según esta sentencia coram Lefebre, «No se da en este caso exclusión del objeto, a tenor del can. 1086, § 2, sino que hay una ausencia del objeto, en cuanto el contrayente es incapaz de entregar-aceptar el derecho al cuerpo tal como lo determina el derecho natural. Y no requiere que esta impotencia moral para prestar el objeto del consentimiento sea perpetua, puesto que dicho objeto realmente faltó al tiempo de celebrar el contrato» (*l. c.*, p. 804, n. 10).

Esta sentencia rotal coram Iefebvre fue confirmada por la coram Pompedda del 6 de octubre de 1969, publicada en la Revista *Il Diritto Ecclesiastico*, 80 (1969) pp. 146-59. En el in iure de esta última se dice que «nadie puede obligarse a aquello que no puede dar o hacer, aunque esto ocurra involuntariamente o contra su voluntad, porque nadie puede obligarse a algo imposible» (*l. c.*, p. 148). Aprueba la frase de la coram Iefebre que admite que «en este caso no hay exclusión del objeto, a lo que se refiere el can. 1086, § 2, sino falta de objeto, en cuanto que el contrayente es incapaz de dar-aceptar el derecho al cuerpo tal y como ha sido previsto por el derecho natural» (*l. c.*, p. 148). Esta incapacidad no proviene de la impotencia, «de la que trata el can. 1068, sino que hay hombres que por una incapacidad más general deben ser apartados del matrimonio y no pueden radicalmente disponer de sí mismos en orden al mismo. Los infrascritos Padres juzgaron sin ningún género de duda que en esta situación se encuentran aquéllos que se llaman homosexuales, en el sentido y con la extensión que a continuación se explicarán» (*l. c.*, p. 149).

Universidad Pontificia de Salamanca

2.—*Exclusión del bien de la unidad.* La unidad es una propiedad esencial del matrimonio, según el can. 1013, § 2, y consiste en que no puede haber unión matrimonial si no es de uno sólo con una sola, quedando excluida toda especie de poligamia. Exponiendo la doctrina católica sobre el tema decía Pío XI en la *Casti Connubii*: «Tal fidelidad exige, por tanto y en primer lugar, la absoluta unidad del matrimonio, ya prefigurada por el mismo Creador en el de nuestros primeros padres cuando quiso que no se instituyera sino entre un hombre y una mujer» (en Bernárdez Cantón, *Curso de Derecho Matrimonial Canónico* [1966] p. 45, nota 42). Siendo la unidad una propiedad esencial del matrimonio, cualquier circunstancia que la afecte, afecta al matrimonio. Excluir esta propiedad es excluir el mismo matrimonio porque éste no puede hallarse sin sus propiedades esenciales.

3.—*Impotencia.* A la impotencia como causa de nulidad de matrimonio se refiere el can. 1068. Dice el párrafo primero del canon citado: «La impotencia antecedente y perpetua, tanto si es impotente el varón como si lo es la mujer, lo mismo si es conocida por el otro cónyuge como si no lo es, ya sea absoluta, ya relativa, dirime el matrimonio por derecho natural».

El canon se refiere a la impotencia para realizar la unión carnal, que consiste por lo que toca al varón, en la penetración del miembro viril con la consiguiente eyaculación de un modo natural dentro de la vagina de la mujer.

4.—*Error acerca de las cualidades que redunda en error acerca de la persona.* Dice el can 1083, § 2: «El error acerca de las cualidades de la persona, aunque él sea causa del contrato, lo invalida solamente: 1°) Si el error acerca de las cualidades de la persona redunda en error acerca de la persona misma». No entramos en la consideración del caso en que exista error acerca de la persona misma, que se da cuando se pretende contraer matrimonio con una persona cierta y concreta y por error se contrae con otra. Hay en este caso error acerca de la identidad física de la persona con la que se quiere contraer matrimonio. Tampoco nos paramos aquí a tratar del error acerca de la con-

Universidad Pontificia de Salamanca

dición servil (can. 1083, § 2, n. 2) porque este supuesto queda fuera de nuestro actual contexto social.

Al tratar el tema sobre el error acerca de las cualidades de la persona hay que decir de entrada que tal error en principio no invalida el matrimonio, porque el objeto remoto del consentimiento matrimonial son las personas, no sus cualidades. El error acerca de las cualidades no invalida de suyo el matrimonio porque versa sobre algo accidental, a no ser que redunde en error acerca de la persona misma.

Comentando esta doctrina dice Miguélez: «Este caso —(error acerca de la cualidad que redunda en error acerca de la persona)— que es rarísimo, dada la forma como suelen concertarse los matrimonios, es, sin embargo, posible. Para ello sería necesario que uno de los cónyuges no hubiera conocido ni tratado antes al otro, y que lo designara por una cualidad individual que no le conviene más que a él; p.e. si se concertase el matrimonio con la hija primogénita de una familia y, llegado el acto del casamiento, se presentase ante el altar la segundona. En este caso, el error acerca de la primogenitura equivaldría a error acerca de la persona y haría nulo el matrimonio» (*Código de Derecho Canónico*, 10 ed., BAC [1975] nota al canon 1083, 2°, a).

Esta ha sido hasta hace poco la doctrina unánime de los canonistas, dando al can. 1083 una interpretación que llamaremos rigurosa. Pero a partir de la sentencia rotal coram Canals, del 21 de abril de 1970, se va abriendo paso una interpretación más ampla Esta sentencia expone tres nociones de error, dándose la tercera noción que llamaremos nueva, cuando la cualidad moral, jurídica, social está tan íntimamente unida a la persona física, que faltando esa cualidad, también la persona física resulta persona totalmente distinta. Según la citada sentencia rotal el estado de casado civilmente integra la persona, y por tanto el error acerca de ese estado redunda en error acerca de la persona.

Siguiendo esta orientación una sentencia del Tribunal Eclesiástico de Barcelona coram Riera, de 20 de marzo de 1972, confirmada posteriormente por Decreto de la Rota

Universidad Pontificia de Salamanca

Romana, declaró la nulidad del matrimonio contraído por una mujer con un hombre que se esforzaba por parecer religioso, trabajador y honrado, siendo todo lo contrario, apreciando en el error en la cualidad que redundaba en error en la persona (*Colectánea de Jurisprudencia Canónica*, n. 1 [1974] pp. 13-33).

5.—*Las pruebas*. Se han verificado las de confesión judicial de la parte actora, la testifical y la documental.

El can. 1750 da la definición de confesión judicial. Con respecto a ésta hay que tener presente en esta causa de nulidad el art. 117 de la *Provida Mater* que dice que la deposición judicial de las partes no es apta para constituir prueba contra la validez del matrimonio. Pero esta confesión judicial no puede rechazarse de modo absoluto si va unida a presunciones potentísimas, conjeturas y otros adminículos de prueba.

La prueba testifical es plena y suficiente cuando dos o tres personas, inmunes de toda tacha, bajo juramento, firmemente coherentes entre sí, testifican en juicio por ciencia propia sobre alguna cosa o sobre algún hecho (canon 1791, § 2).

En cuanto al valor probatorio de los documentos basta aludir a los cáns. 1816 y 1817.

III.—EN CUANTO AL HECHO

1.—*Nulidad de este matrimonio por incapacidad del demandado para asumir los deberes conyugales por causa de su homosexualidad*. En este caso no ha sido posible obtener una prueba pericial relativa a la homosexualidad del demandado, porque éste no ha colaborado con el Tribunal, pero entendemos que en la prueba testifical hay datos suficientes para tenerlo realmente como tal.

La actora ofrece detalles que manifiestan la aversión del demandado hacia ella. Dice así: «Cuando se acostaba, mi marido... a veces ponía entre los dos una almohada para que yo no lo rozara, o se liaba en una sábana. Una vez le toqué en el brazo y me dijo que no lo tocara, que

Universidad Pontificia de Salamanca

no quería que lo tocara... Otras veces se marchaba a dormir solo a una salita. Muchas veces me dijo que me fuera de la cama porque no quería que lo rozara... Durante la noche ni me besaba ni me acariciaba, se ponía a leer, como si no tuviera nadie al lado» (fol. 75, 6).

Estos son detalles que sólo y exclusivamente podemos conocer a través de la actora. Pero ésta en tiempo no sospechoso los manifestó a otras personas. Una testigo dice: «Antes de separarse me contó M que su marido... cuando se acostaban ponía una almohada entre los dos, que él se liaba en la manta y que si ella lo tocaba, él le decía que lo dejara» (fol. 85, 9). Con relación a la aversión que sentía el demandado hacia las mujeres dice la misma testigo que vio que «si M quería cogerse del brazo de su marido, éste le decía que no lo tocara, que le daba escalofríos» (fol. 85, 9).

Al mismo tiempo la actora menciona detalles manifestativos de la inclinación del demandado hacia personas de su mismo sexo. Dice: «Mi marido me ha dicho que se llevaba muy bien con GB y que yo no lo ofendiera. Muchas veces se han acostado los dos juntos en mi casa y a mí me decían que me fuera a casa de mi madre para que no me aburriera y al volver a mi casa he visto debajo de la cama paños manchados y la crema Nivea que usaban. Me imagino que usaban la crema para algo feo... Yo le he visto mi marido las espaldas con señales de bocados... Le dolían las muelas y oí que su amigo le decía a mi marido que aquel dolor no se lo podía haber pegado yo porque el único que lo besaba en la boca era él, que conmigo no hacía nada... mi marido tocando a su amigo decía que su chato estaba muy guapo. Mi marido me ha dicho que si él hubiera sido una mujer, no se le hubiera escapado el otro, que se hubiera casado con él» (fol. 75, 7v, 8-9).

Esta condición del demandado era conocida de otras personas. Dice una testigo: «Yo me convencí de que V era un invertido por su modo de hablar, por sus modales y porque en el pueblo se comentaba...» (fol. 84v, 4), diciéndole en cierta ocasión una señora que V «era un mariquita» (fol. 84, 1).

Dicen otros testigos: «Todas las personas que conocen

Universidad Pontificia de Salamanca

al señor V saben que es un invertido...» (fol. 92v, 11) «Yo ya había oído habladurías de que V era un homosexual... tenía amistades que declaradamente representaban ser afeminados... Algunas veces se ha visto a V en el café Central con reuniones de afeminados» (fol. 93, 4v y 10); «Es cosa pública que V es un invertido, un homosexual, y esto lo saben hasta las losetas de la calle» (fol. 106, 3); «Me enseñó la señora M la fotografía de su boda y yo se la enseñé a mi marido, quien tan pronto como la vio se asombró de que V se hubiera casado, diciéndome mi marido que V había sido asistente de un tío de mi marido en la Renfe y que era conocido por todos como invertido. Hace cuatro o cinco días hablé con una hermana mía y ésta me dijo que conocía a V... y que sabía que era un invertido y lo había visto salir de su domicilio muchas veces acompañado de un hombre llamado GB, yendo ambos muy acaramelados... Es cierto que V y GB tienen unas relaciones inconfesables y esto lo sabe mucha gente» (fol. 118, 3v, 6).

Con estos antecedentes creemos que se puede contestar afirmativamente a este apartado de las dudas, admitiendo que consta de la nulidad de este matrimonio por causa de la homosexualidad del demandado.

2.—*Nulidad de este matrimonio por exclusión del bien de la unidad por parte del demandado.* Al consistir la unidad del matrimonio en la unión de un solo hombre con una sola mujer, a este apartado hay que contestar negativamente porque no se ha probado que el demandado quisiera contraer al mismo tiempo con varias mujeres, no se ha probado que se reservara el derecho a contraer con varias.

Cuando uno de los contrayentes tiene voluntad decidida de compartir sus afectos y actividades sexuales de un modo permanente y homosexual nos parece que no hay propiamente exclusión de la unidad del matrimonio, sino exclusión del matrimonio mismo.

3.—*Nulidad de este matrimonio por impotencia física del demandado.* Entendemos que no consta de la nulidad de este matrimonio por impotencia física del demandado;

Universidad Pontificia de Salamanca

no se ha verificado prueba ninguna pericial que haya evidenciado esta clase de impotencia; y aunque es verdad que los homosexuales suelen ser impotentes con impotencia psíquica, por los datos recogidos en autos no podemos saber si ésta existía y si sería o no antecedente y perpetua.

4.—*Nulidad de este matrimonio por error de la actora acerca de las cualidades del demandado que redunda en error acerca de la persona.* Quedó probado en el apartado primero de esta sentencia la condición homosexual del demandado. Este defecto no era conocido de la actora, que dice: «En el tiempo de noviazgo no noté en él nada de afeminado. Todo me parecía normal porque nunca había tenido novio, y además nunca había salido sola con ningún muchacho. A veces me besaba o abrazaba... Nunca durante el noviazgo llegué a sospechar de la homosexualidad de mi novio, ni nadie me dijo nada sobre el particular» (fol. 74, 1v, 2).

Quienes lo sabían no le dijeron nada a la interesada. Dicen así los testigos: «Yo nunca le dije a la esposa lo que sabía sobre el defecto de su marido» (fol. 85, 6); «Cuando V me dijo que iba acasarse, yo le aconsejé que no lo hiciera, que era un crimen lo que él iba a hacer con M y le dije que si él estaba dispuesto a dejar a su amigo y él me contestó que no. Yo entonces no le dije nada a la novia, porque no tenía confianza suficiente con ella» (fol. 106 ,4).

Entendemos que este defecto redunda en la persona, ya que toda mujer que se casa quiere hacerlo con un hombre en el sentido más completo y total de esta palabra. La homosexualidad, a nuestro entender, afecta a la personalidad psicológica del contrayente, de tal manera que el error sobre dicha cualidad es un error que afecta a la misma persona y es suficiente para tener como nulo el matrimonio.

Así pues, hallándose probada a Nuestro parecer la condición homosexual del demandado y también ponderados los fundamentos de hecho y de derecho aducidos a través del pleito, oído el Defensor del Vínculo, los infrascritos Jueces, sin otras miras que Dios, la recta adminis-

Universidad Pontificia de Salamanca

tración de la Justicia, y el bien y la edificación de las almas, sedentes pro Tribunali, invocado el Santísimo Nombre de Nuestro Señor Jesucristo, definitivamente juzgando, declaramos, definimos y sentenciamos que consta de la nulidad de este matrimonio por incapacidad del demandado para asumir los deberes conyugales por causa de su homosexualidad y también por error de la actora acerca de las cualidades del demandado que redunda en error acerca de la persona, pero que no consta de la nulidad de este matrimonio por exclusión del bien de la unidad por parte del demandado ni por impotencia física del mismo. Por lo que a las dudas propuestas contestamos: A la primera y cuarta: *afirmativamente;* a la segunda y tercera, *negativamente*. Condenamos en costas al demandado.

Universidad Pontificia de Salamanca