

LA "INCAPACITAS ASSUMENDI OBLIGATIONES MATRIMONII ESSENTIALES" EN LA FUTURA CODIFICACION

SUMARIO: Introducción.—1. La autonomía de la *incapacitas* en la Jurisprudencia Rotal: 1) La *amentia*; 2) El *defectus discretionis iudicii*; 3) La *incapacitas assumendi onera coniugalia essentialia*.—2. La nueva codificación canónica.—3. La *incapacitas* como capítulo autónomo de nulidad: 1) Concepto; 2) Nombre; 3) Objeto; 4) Causas; 5) Estructura jurídica; 6) Aspectos procesales.—4. Conclusión.

INTRODUCCION

Desde 1965, por diversas circunstancias, asistimos a una progresiva escalada en las declaraciones de nulidad matrimonial debida a motivos psicológicos que implican una falta del consentimiento necesario para que éste sea verdaderamente el «acto de la voluntad» de ambas partes¹: han aumentado las demandas de nulidad matrimonial por enfermedad y también las sentencias afirmativas sobre las negativas, por tal motivo, en todos los tribunales eclesiásticos².

Dentro de este capítulo, destaca el número cada vez mayor de las declaraciones de nulidad debidas a la *incapacitas assumendi obligationes matrimonii essentialia*³. Este dato llama la atención si tenemos en cuenta que este capítulo autónomo de nulidad matrimonial por falta de consentimiento

1. Canon 1081, 2.

2. J. L. SANTOS DÍEZ: *La incapacidad psíquica en el consentimiento matrimonial*, en *El consentimiento matrimonial, hoy* (Barcelona, 1976) 12-3.27-9.

3. Vide las sentencias rotales publicadas en estos 10 últimos años en "Ephemerides Iuris Canonici", "Monitor Ecclesiasticus", "Il Diritto Ecclesiastico", etc. Asimismo: Canon Law Society of Great Britain and Ireland: *Matrimonial Decisions for England and Wales*; Facultad de Derecho Canónico de la Universidad Pontificia de Salamanca: *Colectánea de Jurisprudencia Canónica*; J. M.⁸ SERRANO RUIZ: *Nulidad de matrimonio. Coram Serrano* (Salamanca, 1981); J. J. GARCÍA FAÍLDE: *Algunas sentencias y decretos. (Causas de nulidad matrimonial y cuestiones procesales)* (Salamanca, 1981); S. PANIZO ORALLO: *Nulidades de matrimonio por incapacidad. (Jurisprudencia y apuntes doctrinales)* (Salamanca, 1982) 217-78; J. T. FINNEGAN: *Jurisprudenc concerning psychopathy personality*, "The Jurist" 27 (1967) 440-53; J. J. GARCÍA FAÍLDE: *Neurosis y psicopatías en las causas de nulidad de matrimonio*, "Revista Jurídica de Cataluña" 75 (1976) 63-79; Ch. LEFEBVRE: *L'évolution actuelle de la jurisprudence matrimoniale*, "Revue de Droit Canonique" 24 (1974) 350-75; A. SABATTANI: *L'évolution de la jurisprudence dans les causes de nullité de mariage pour incapacité psychique*, "Studia Canonica" 1 (1967) 143-61; B. FRANCK: *Le manque de discernement suffisant et l'incapacité à assumer les obligations du mariage, d'après la jurisprudence récente des officialités britanniques*, "L'Année Canonique" 24 (1980) 129-68; S. PANIZO ORALLO: *Las sentencias rotales del año 1970. Apuntes jurídicos*, "REDC" 37 (1981) 467-506.

no está formulado explícitamente en el Código de Derecho canónico, sino que es una creación del desarrollo y la profundización que la propia jurisprudencia ha realizado sobre las condiciones requeridas para que el consentimiento matrimonial sea un verdadero acto humano.

Hoy ya es un dato expresamente formulado que para contraer matrimonio se requiere tener no sólo la capacidad cognoscitiva y volitiva suficiente para emitir y querer el consentimiento matrimonial sino también, como elemento esencialmente necesario, la capacidad para cumplir las obligaciones que se derivan del consentimiento matrimonial. «Porque si no tiene capacidad para cumplir esas obligaciones tampoco puede tener capacidad para asumirlas... Y al no poder asumir las obligaciones esenciales o inherentes al negocio, es incapaz para dicho negocio. No se trata, pues, del mero no cumplimiento de unas obligaciones: se trata del no cumplimiento de unas obligaciones debido a la incapacidad del cumplimiento»⁴.

La nueva codificación canónica asume la *incapacitas assumendi* como uno de los capítulos autónomos de nulidad matrimonial por falta de un verdadero consentimiento⁵. Pero este hecho no solventa las dificultades, sobre todo procesales, que plantea su formulación y aplicación: ¿qué se entiende por 'capacidad'? ¿qué clase de capacidad se requiere para contraer matrimonio? ¿qué criterios procesales se deben adoptar para el desarrollo de este tipo de causas? ¿no estaremos estableciendo, sobre todo en sus últimas aplicaciones a la *inmadurez psicológica*, una cierta incapacidad universal para contraer matrimonio?⁶. Es decir: si teóricamente este principio no plantea grandes dificultades, los problemas surgen en cuanto se trata de saber y determinar en la práctica cuándo una persona es incapaz para el matrimonio.

Conviene, por lo tanto, profundizar sobre los límites y alcance de este capítulo de nulidad ya que, de lo contrario, «si corre il pericolo di negare lo *ius nubendi* ad una numerosa classe di fedeli non del tutto perfettamente integrata sotto l'aspetto psicologico e anche psichiatrico»⁷. El presente trabajo pretende contribuir a ello intentando presentar, partiendo de la jurisprudencia y del proceso de la nueva codificación, las principales características de este capítulo autónomo de nulidad.

1. La '*incapacitas assumendi*' en la jurisprudencia rotal

Ya hemos dicho antes que se advierte una sensible evolución en la jurisprudencia rotal sobre las causas de nulidad del matrimonio por defecto de

4. A. ARZA: *Incapacidad para asumir las obligaciones del matrimonio*, "Il Diritto Ecclesiastico" 4 (1980) 484.

5. Pontificia Commissio Codici Iuris Canonici Recognoscendo: *Schema Codicis Iuris Canonici iuxta animadversiones...* (Libreria Editrice Vaticana, 1980) can. 1049.

6. P. FELICI: *De morbis psychicis quoad matrimonialem consensum*, "Periodica" 68 (1979) 544.

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

consentimiento debido a perturbaciones psíquicas: cada vez con mayor decisión se orientan, junto a los temas clásicos, hacia zonas alejadas, o al menos anteriormente no comprendidas, de la que pudiera considerarse estricta «incapacidad intelectual»⁸. Partiendo del c. 1081, explicitado a la luz de determinados documentos conciliares (GS 44, 48, etc.), se ha producido una mayor profundización del derecho natural en el acto del consentimiento matrimonial. Hoy es un dato adquirido que en la composición psicológica del consentimiento matrimonial se presuponen algunas condiciones o momentos imprescindibles, v.g., un cierto conocimiento, capacidad deliberativa, decisión electiva de la voluntad, capacidad para asumir y realizar las obligaciones⁹, que hasta no hace mucho tiempo apenas si se tenían en cuenta¹⁰.

Esta evolución ha sido obra, principalmente, de la Jurisprudencia que en este caso ha cumplido su función de prever «aux cas que la loi ne prévoit pas, perfectionner la règle en tenant compte du progrès des sciences auxiliaires, spécialement, dans notre cas, de la médecine et de la psychiatrie... Elle peut ainsi corriger principes et maximes précédemment fixés, quand une réalité nosologique n'avait pas été suffisamment connue», imponiéndose «non ratione imperii, sed imperio rationis»¹¹. Por lo tanto, antes de estudiar el capítulo de la *incapacitas*, examinaremos brevemente la evolución de la Jurisprudencia Rotal sobre la influencia de las perturbaciones psíquicas en el consentimiento matrimonial, advirtiendo de antemano que en esta materia se ha formado una terminología jurídica no uniforme en la que se confunden los términos técnicos de psiquiatría y de psicología, por lo que en su estudio hay que tener en cuenta, sobre todo, el concepto que late bajo cada término¹².

1) La 'amentia'.

La doctrina establecida en el CIC sobre esta materia era bastante clara:

8. J. M.^a SERRANO RUIZ: *Lineas generales de evolución de la jurisprudencia rotal en las causas de nulidad de matrimonio*, en *Curso de derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro*, 2 (Salamanca, 1977) 355-76; A. DI FELICE: *Il consenso matrimoniale nella recente giurisprudenza rotale e nello schema proposto dalla Commissione Pontificia per la revisione del Codice di Diritto Canonico*, "Monitor Ecclesiasticus" 105 (1980) 64-84; A. M. ARENA: *Consenso matrimoniale e giurisprudenza evolutiva nel Tribunale della Sacra Romana Rota*, "Monitor Ecclesiasticus" 105 (1980) 486-507; C. TRICENI: *Note di Giurisprudenza rotale sulla nullità del matrimonio derivante da "Defectus validi consensus"*, "Monitor Ecclesiasticus" 104 (1979) 443-73.

9. C. GULLO: *Spunti critici in tema di incapacità ad assumere gli oneri coniugali*, "Il Diritto di famiglia e delle persona" 4 (1975) 1485.

10. En recientes manuales en lengua castellana sobre el matrimonio, apenas si se dice algo sobre este tema: J. HERVADA - P. LOMBARDA: *El derecho del Pueblo de Dios. Hacia un sistema de derecho canónico*, 3/1 *Derecho matrimonial* (Pamplona, 1973) 373; V. REINA: *El consentimiento matrimonial. Sus anomalías y vicios como causas de nulidad* (Barcelona, 1978) 49; A. BERNARDEZ CANTÓN: *Curso de derecho matrimonial canónico*, 3.^a ed. (Madrid, 1978).

11. A. SABATTANI: *L'évolution*, art. cit., 145.

12. A. CUSCHIERI: *De diversa terminologia in iure atque in medicina adhibita ad significandum statum mentalem eorum qui insaniam laborant*, "Angelicum" 47 (1970) 188-213.

sólo el consentimiento, como acto humano, es la causa formal del matrimonio *in fieri*. A la elaboración de este consentimiento concurren dos facultades: el entendimiento y la voluntad. Por tanto, un defecto del *usus rationis* o de la *deliberatio voluntatis*, que pueden ocurrir en los estados demenciales, es contrario a la producción del matrimonio¹³.

Esta doctrina tenía una larga tradición jurídica canónica procedente del derecho romano. En él se empleaban los términos *Furor-furiosus* para denominar este estado mental y se decía que *furiosus matrimonium contrahere non potest*¹⁴. Graciano recoge, tras diversas interpolaciones, este texto y su terminología: *neque furiosus neque furiosa matrimonium contrahere possunt, sed si contratum fuerit, non separentur*¹⁵. Semejante es el contenido de una decretal de Inocencio III en 1212, *Dilectus*, en la que asume esta terminología oficialmente: desde entonces fueron los términos oficiales empleados en la Iglesia para denotar la incapacidad psíquica el matrimonio. El CIC recoge esta doctrina, abandona el término *furiosus* y adopta el de *amentia* y no establece un impedimento especial por enajenación mental: no añade nada a lo que ya dispone el derecho natural que aparta del matrimonio, como de los demás contratos, a aquellos que no son *sui compotes*.

A la hora de intentar lograr una clasificación se atendían a unos criterios estáticos ya fijados en parte por el derecho romano: bajo el nombre de *demente* se comprendían el *mentecato* y el *furioso*. Posteriormente se hace una distinción entre *demencia natural*, donde se incluye al mentecato, al idiota, al imbecil y al débil mental, y la *demencia adventicia o accidental*. Finalmente, la Jurisprudencia Rotal acuñó otra división genérica: la *amencia*, 'insania circa omnia', y la *demencia*, 'insania quae versatur circa rem tantum vel alteram'. En este esquema conceptual, determinado por la doctrina escolástica sobre el acto humano y por el poco desarrollo y clarificación de la psicología y psiquiatría, se intentaban clasificar todas las enfermedades mentales¹⁶.

Dos cuestiones, principalmente, se discutían: cuál es el grado de amencia o de demencia necesario para incapacitar el consentimiento matrimonial y cómo se puede conocer y precisar si el grado de enajenación mental requerido ha existido en el caso práctico presente y en el momento preciso de prestar el consentimiento.

A la primera cuestión se respondía diciendo que la amencia o demencia debía tener tres condiciones: plena y perfecta, habitual y continua. En el intento de determinar el *quantum* necesario para contraer matrimonio la jurisprudencia se dividirá durante largo tiempo entre dos fórmulas diversas: entre la posición rigurosa y restrictiva de T. Sánchez, para poder contraer

13. E. CASTAÑEDA DELGADO: *Nulidad por vicio de consentimiento*, en *Las Causas Matrimoniales* (Salamanca, 1953) 491-535; AA.VV.: *Perturbazioni psichiche e consenso nel matrimonio canonico* (Roma, 1976).

14. *Pauli Sententiae*, 2.19.7; D. 23.2.16.2.

15. C. 26, c. 32, q. 7.

16. M. FERRABOSCHI: *Le anomalie psichiche nel Corpus e nel Cod. Iur. Can.*, "Studia Magliocchetti" 2 (Roma, 1975) 529.

matrimonio basta aquel uso de razón que es suficiente para el pecado grave, y la más amplia y generosa de Sto. Tomás de Aquino, que exige un mayor grado de discrección de juicio para contraer matrimonio que para poder celebrar otros contratos y, desde luego, mayor que para poder pecar mortalmente si bien es menor que para la profesión de la vida religiosa. La Jurisprudencia optó progresivamente por esta línea de Sto. Tomás. A la segunda cuestión se respondía examinando y valorando las diversas pruebas, etcétera.

Los postulados científicos de esta Jurisprudencia tradicional, que prácticamente sólo admitía la crisis del acto humano por deficiencias del entendimiento ya que se consideraba que la voluntad era una facultad ciega que seguía ineludiblemente a los dictados de la razón, se empezaron a poner en cuestión en la década de los años 50 y 60¹⁷. A partir de estos años asistiremos a un progresivo desarrollo y evolución de la Jurisprudencia Rotal en el tema de las declaraciones de nulidad por enfermedades mentales.

2) *El 'defectus discretionis iudicii'*¹⁸.

La Jurisprudencia Rotal siguió buscando una solución al problema del *quantum* necesario y se llegó a la formulación del siguiente criterio dinámico: es necesario en los contrayentes un grado de discrección de la mente que sea proporcionado al contrato matrimonial¹⁹. Pero este parece un criterio muy genérico y una tautología: en definitiva, se nos dice, para el matrimonio es necesario aquel grado de discrección mental que es conveniente para el matrimonio.

Llegados a este punto se produce un cambio de perspectiva: «en lugar de estudiar el *quantum* de discrección de juicio necesario para el consentimiento, se pasa a estudiar en profundidad el *quomodo* de la producción del consentimiento: principio dinámico que trata de profundizar en la misma génesis y explicación del acto humano y en la acción de todo el substrato psico-fisiológico en la operación de las facultades espirituales, las cuales se ejercen en los secretos del alma humana; y es claro que en este estudio más profundo del proceso del consentimiento tienen mucho que decirnos los psicólogos y los mismos psiquiatras, sobre todo en sus investigaciones sobre la patología de la voluntad»²⁰. En este sentido, uno de los mayores avances realizados por la jurisprudencia ha sido el haber comprendido que la voluntad, con independencia del influjo que la razón ejerce sobre ella, puede verse afectada por otras fuerzas de modo que el acto que realiza no sea en abso-

17. E. CASTAÑEDA DELGADO: *Nulidad*, art. cit., 498.

18. P. BONNET: *La capacità di intendere e di volere nel matrimonio canonico*, en *Perturbazioni psichiche*, o.c., 137-202; E. CASTAÑEDA DELGADO: *Los estados demenciales como vicio de consentimiento*, en *Curso de derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro*, 1 (Salamanca, 1975) 69-78; C. LEFEBVRE: *De defectu discretionis iudicii in rotali iurisprudencia*, "Periodica" 69 (1980) 555-67.

19. P. GASPARRI: *Tractatus canonicus de matrimonio*, 2 (París, 1891) n. 777.

20. E. CASTAÑEDA DELGADO: *Los estados demenciales*, art. cit., 74.

luto libre²¹: la Jurisprudencia ha admitido como principio la posibilidad de que existiendo facultad cognoscitiva no exista acto humano por deficiencia de la autonomía de la voluntad: c. Di Jorio, 19-12-1961 (SRRD, 53, 613); c. Bejan (*Monitor Ecclesiasticus* 93 (1968) 646); etc.

Este acto de la «individualización» de la voluntad en el proceso del consentimiento matrimonial se ha realizado en dos fases, principalmente: en la primera, se ha individualizado la *facultad crítica*. La persona humana, cuando establece una relación contractual con otros, pretende conseguir un bien. Este bien no lo conoce sólo intelectualmente, por medio de la facultad intelectual en un estado puramente teórico, sino que lo valora como bien, lo estima y aprecia como tal y de aquí el intelecto lo propone a la voluntad en concreto para conseguirlo. Se trata de la *capacidad estimativa o crítica*: «ma perché possa muovere la volontà *ad contrahendum* è necessario che alla presentazione concettuale del valore della cosa si aggiunga la valutazione utilitaria concreta della cosa stessa, che di essa può avere colui che si accinge a contrarre»²². Una c. Wynen, 1-3-1941, aborda el problema de la necesidad de un conocimiento estimativo del matrimonio: si el contrayente en el momento de prestar consentimiento no era capaz de tener aquel conocimiento apreciativo o estimativo del valor del matrimonio, debe decirse que carece de la suficiente discreción de juicio proporcionada al matrimonio y, en consecuencia, el matrimonio es nulo.

En una segunda fase se pone más nítidamente de relieve la función de la *voluntad*: se señala la falta de capacidad para determinarse al matrimonio. En este sentido la *discretio iudicii* «si inserisce in quello stadio del processo conoscitivo-valutativo-volitivo-esecutivo, in cui il soggetto —possedendo la sufficiente conoscenza teorica dell'oggetto eppure la capacità di valutarlo in se stesso come appetibile o meno per i suoi componenti oggettivi— fa la valutazione pratica e formula il giudizio pratico, vale a dire, lo valuta e lo giudica come appetibile o meno hic et nunc per il soggetto»²³.

Por lo tanto, y resumiendo lo anterior, la hipótesis aquí planteada consiste en que permaneciendo íntegra la capacidad de entender se produzca un defecto de consentimiento debido a la imposibilidad de formar juicios valorativos prácticos, debido a un defecto de la voluntad.

No estará de más señalar que las opiniones de los autores se dividían respecto a la posibilidad de que pudiera darse un defecto de consentimiento debido a perturbaciones psíquicas de la voluntad sola:

a) Para algunos, la dificultad en estos casos residía, sobre todo, en las inciertas doctrinas psiquiátricas. Por ello se adoptaba una postura de cau-

21. M. AÍSA GOÑI: *Anomalías psíquicas: doctrina jurídica y jurisprudencia*, en *Curso de derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro*, 2 (Salamanca, 1977) 230.

22. A. DI FELICE: *La "discretio iudicii matrimonio proportionata" nella giurisprudenza rotale*, en *Perturbazioni psichiche*, o. c., 16-7.

23. U. NAVARRETE: *Problemi sull'autonomia dei capi di nullità del matrimonio per difetto di consenso causato da perturbazioni della personalità*, en *Perturbazioni psichiche*, o. c., 124.

tela: «col progredire della scienza psichiatrica potrà aversi una maggiore luce in proposito e la dottrina giurisprudenziale potrà avvantaggiarsene»²⁴.

b) Otros autores, basándose en que la *amentia* incluye el *defectus discretionis iudicii*, en unos determinados presupuestos psicológicos y en el estado actual de las ciencias psicológicas y psiquiátricas, niegan esta posibilidad y concluyen que «come d'altra parte la volontà saque l'intelletto, sembra sia da scartare la possibilità di individuare un *factum impeditivum iurium* o capo di nullità autonomo costituito soltanto dell'incapacità di volere, rimanendo integra la capacità di intendere»²⁵.

c) Otros, finalmente, aceptan que «independientemente de la existencia de la perfección que puede tener el entendimiento en un sujeto, la voluntad puede verse alterada de muy diversas maneras, impidiéndose de esta forma la existencia del acto humano»²⁶.

Prescindimos de un análisis más profundo de las dificultades planteadas en torno al *defectus discretionis iudicii* como capítulo autónomo de nulidad. Nos basta con dejar constancia de ellas y que, como veremos más adelante, en la futura codificación aparece formulado como capítulo autónomo de nulidad.

3) La 'incapacitas assumendi obligationes matrimonii essentielles'.

Finalmente se llega en esta evolución a la *incapacitas assumendi obligationes matrimonii essentielles*. La formulación de este principio es clara: una persona capaz perfectamente de entender, por tanto no afectado de *amentia*, y de decidirse libremente y valorar lo que significa la prestación del consentimiento matrimonial, por tanto no afectado del *defectus discretionis iudicii*, puede ser, sin embargo, incapaz de cumplir y de asumir las obligaciones del matrimonio. Esa persona es, por derecho natural, incapaz de contraer matrimonio válidamente. Por lo tanto, si uno de los cónyuges aún entendiendo cuáles son las obligaciones del matrimonio y queriendo asumir las es incapaz de cumplirlas no contrae matrimonio válido sino aparente. El derecho natural, previo a cualquier derecho positivo, exige esta capacidad previa de poder mantener las obligaciones serias contraídas y en este caso se daría una situación de indisponibilidad del objeto formal del consentimiento²⁷. Vamos a estudiar los diferentes aspectos de esta cuestión.

En la Jurisprudencia Rotal, originariamente, las causas que luego se contemplarán bajo este capítulo se englobaban bajo el capítulo de *insania circa*

24. A. DI FELICE: *La "discretio iudicii"*, art. cit., 20-1.

25. U. NAVARRETE: *Problemi*, art. cit., 125-26.

26. M. AÍSA GOÑI: *Anomalías*, art. cit., 231.

27. B. DE LANVERSIN: *L'évolution de la jurisprudence récente de la S. Rote en matière de maladies mentales*, "L'Année Canonique" 15 (1971) 401; C. LEFEBVRE: *La jurisprudence rotale et l'incapacité d'assumer les obligations conjugales*, "Revue de Droit Canonique" 24 (1974) 376-86; H. ZAPP: *Incapacitas im Sinn von Erfüllungsvormögen des Ehevertragesein neuer Nichtigkeitsgrund?*, "Archiv für katholisches Kirchenrecht" 141 (1972) 449-82; A. REINA: *La incidencia de las perturbaciones psíquicas en el consentimiento matrimonial* (Madrid, 1979) 113-71.

rem uxoriam. Ejemplos los hay abundantes: c. Prior, 10-7-1909 (SRRD, 1, 89); c. Sebastianelli, 9-4-1910 (SRRD, 2, 144); c. Teodori, 19-1-1940 (SRRD, 32, 81-92); c. Lefebvre, 19-12-1959 (SRRD, 51, 610); etc. Especial interés merece la sentencia c. Teodori, ya que allí aparecen los primeros rasgos de este capítulo, que se pondrán plenamente de relieve en la época actual, y porque las primeras causas de nulidad por este capítulo la tomarán como punto de partida: aquí se pone de relieve como el demandado había sido incapaz de contraer matrimonio porque «peritos ex officio affirmare Adam fuisse inhabilem... propter eius incapacitatem... sumendi consequentia onera»²⁸.

En una c. Sabattani, 21-6-1957, se pide la nulidad de un matrimonio a causa de una ninfomanía, ya que la persona en cuestión era incapaz de observar y guardar la fidelidad. Monseñor Sabattani se pregunta en qué cuadro jurídico se debe insertar esta nulidad. Se le planteaban tres posibilidades: a) vicio de consentimiento, en sentido propio, por enfermedad mental de la víctima, es decir *amentia*; b) incapacidad de procurar el derecho a los actos conyugales de una forma perpetua y exclusiva, es decir exclusión *bonum fidei*; c) impotencia en un sentido derivado. Finalmente, lo incluye en el capítulo de la *amentia*²⁹.

En una c. Anné, 17-1-1967, ante un caso de hiperestesia sexual patológica de la mujer, se tiene por incontestable la nulidad del matrimonio. El problema surge cuando se intenta encuadrarla en uno de los tres capítulos jurídicos antes citados: desechadas la exclusión de la fidelidad, ya que nadie puede excluir aquello que es incapaz de procurar, y la impotencia, sólo quedaba la solución de la *amentia*. La sentencia fue «pro nullitate matrimonii ob amentiam» ocasionada no por falta de los elementos substanciales, ya que los peritos discrepaban sobre la *discretio iudicii* de la ninfómana, sino por la ausencia del objeto del consentimiento: todos los peritos concordaban en negar la capacidad de la mujer en entregar un «ius in corpus exclusivum» exigido por el c. 1081, 2³⁰.

En el mismo año, una c. Lefebvre, 2-12-1967, daba la ocasión de reestudiar el tema. Era un caso de homosexualidad masculina: aquí la incapacidad de asumir las obligaciones conyugales está determinada por el hecho de que no se trataba de la imposibilidad de observar la fidelidad requerida, ni de la perpetuidad del compromiso sino de la imposibilidad para el hombre de realizar el acto conyugal por la aversión insuperable que esto le producía. La sentencia pone de relieve que el consentimiento en este caso es inválido por la falta de discernimiento y por la ausencia de objeto del consentimiento ya que es incapaz de cumplirlo. La sentencia es «pro nullitate matrimonii ob defectum discretionis et incapacitatem assumendi onera»³¹. En la segunda instancia, como veremos más adelante, se rechaza el «defectus discretionis»

28. c. TEODORI, 19.1.1940, SRRD, 32, 90, n. 16. El subrayado es nuestro.

29. c. SABBATTANI, 21.6.1957, SRRD, 49, 500-13.

30. c. ANNÉ, 17.1.1967, SRRD, 59, 23-26.

31. c. LEFEBVRE, 2.12.1967, SRRD, 59, 23-36.

y se admite sólo la «incapacitas assumendi onera»: el consentimiento en este caso es inválido porque está desprovisto de objeto.

Igualmente es significativa una c. Ewers, 22-6-1968. Se trataba de un caso de homosexualidad masculina. El dubio propuesto decía «An constet de matrimonii nullitate, in casu ex capite exclusionis boni sacramenti, et quatenus negative: an constet de nullitate matrimonii, in casu ex capite defectus consensus propter insaniam viri in re uxoria, tamquam in prima instantia». La sentencia fue: «constare de nullitate matrimonii in casu, at non ob exclusum a viro, positivo voluntatis actu, bonum sacramenti, verum ob *incapacitatem eiusdem tradendi sponsae ius* in proprium corpus perpetuum et exclusivum in ordine ad actus per se aptos ad prolis generationem. Quod iuris nomen Patres tribuunt nullitatis capiti in hac tertia instantia allato verbis insania in re uxoria atque legitime admissio». El 1 de julio de 1969 la sentencia fue declarada conforme³². La razón dada fue que «conventus, ob turpe vitium omosexualitatis, quo affectus fuit et adhuc afficitur (absque spe sese medendi ab eodem), *validum consensum non praestitit*, non quia positive recusare voluit unum alterumve bonum matrimonii, *sed quia non voluit assumere cum plena advertentia mentis et praesertim cum voluntatis libera determinatione iura ex vero consensu matrimoniali profluentia*». Expresamente se hace constar que en esta incapacidad de asumir las cargas conyugales se define mucho mejor lo expresado bajo la denominación de *insania circa rem uxoriam*.

En 1969 se producirán cuatro sentencias afirmativas por este mismo capítulo de nulidad: en una c. Lefebvre, 18-1-1969, se declarará la nulidad de un matrimonio de una ninfómana por incapacidad, ya que la ninfomanía fue considerada como «defectum capacitatis intrinsecae»³³.

En una c. Anné, 25-2-1969, se trataba de otro caso de homosexualidad femenina. No se concede la nulidad porque «patres, itaque, censuerunt haud probatum esse mulierem caruisse discretionem iudicii sufficienti in re uxoria» (n. 32). Sin embargo, y esto interesa a nuestra cuestión, en el «in iure» (n. 3) se dice: «etenim, praeter casus in quibus nupturientis consensus irritus dicendus est sive ob exclusionem vinculi matrimonialis vel essentialis eiusdem alicuius proprietatis sive ob contrahentis defectum aut discretionis sufficientis iudicii aut liberi arbitrii, fieri potest ut consensus matrimonialis invalidus sit *ob defectum obiecti formalis*, quo fit ut consensus sit vere matrimonialis. Nam contingere potest ut contrahens sit inhabilis, idque insanabiliter, ad tradendum acceptandumque ipsius consensus obiectum. *Tunc non adist exclusio obiecti, uti in can. 1086, 2, sed defectus obiecti, cum nupturiens incapax sit tradere id quo consensus fit nuptialis*»³⁴.

En una c. Pompedda, 6-10-1969, de segunda instancia se ve un caso de homosexualidad que en el primer turno rotal, c. Lefebvre, 2-12-1967, se había sentenciado «pro nullitate ob defectum discretionis iudicii et incapacitatem

32. c. EWERS, 22.6.1968, SRRD, 60, 476-85.

33. c. LEFEBVRE, 18.1.1969, SRRD, 61, 47-54.

34. c. ANNÉ, 25.2.1969, SRRD, 61, 174-92.

assumendi onera coniugalia». En el «in iure» se establece el siguiente principio, tomado del derecho natural, del que partirán las sentencias posteriores: «enim neminem obligare se posse ad id quod dare aut facere non valet, etiamsi id praeter vel contra suam voluntatem contingat, quia nullus potest se obligare ad impossibilia».

Examinado el caso en cuestión, y comprobada la homosexualidad profunda, el ponente se pregunta en qué capítulo de nulidad puede insertarse: se rechaza la *amentia* y el *defectus discretionis iudicii* por no estar suficientemente probada su carencia. Respecto a la *exclusión* se dice: «Profecto, non adest in casu exclusio obiecti, uti in can. 1086, 2 determinatur, sed verificatur defectus obiecti, in quantum contrahens incapax sit tradere — acceptare ius in corpus quale a iure naturae praevideatur». Igualmente se rechaza la *impotencia*: «Nec id evenit dumtaxat si alteruter contrahentium afficiatur impotentia, de qua in canone 1068: exstant enim homines qui generaliori incapacitate et repelli a connubio debent et sui disponere ad illud radicaliter non valent».

La sentencia fue «pro nullitate matrimonii» por «incapacitatem assumendi onera coniugalia»: «Vir igitur conventus... ob suum statum incapax in contrahendo fuit assumendi onera coniugalia, idest tradendi alteri parti ius illud peculiarissimum quod consensus matrimonialis obiectum essenziale constituit»³⁵. Esta sentencia ejerció un gran influjo en el desarrollo posterior de este nuevo capítulo de nulidad.

Finalmente, en una c. Pinto, 20-11-1969, se trataba de una causa de *amentia*. Lo más interesante para nosotros es que en el «in iure» de esta causa se establecen los fundamentos para el desarrollo del capítulo de la *incapacitas*: «iuxta recentissimam N.S.T. iurisprudentiam matrimonium etiam invalide celebratur cum contrahens sese obligare valide nequit, eo quod essentialia matrimonii onera adimplendi incapax sit, quin obstet quod consensus adhuc praestare possit, eo quod intelligendi atque volendi facultatem nondum amiserit... Iam iure romano hoc principium vigeat: *impossibilem nulla obligatio est*, idque in Decretalibus receptum fuit: *Nemo potest ad impossibile obligari*». La sentencia fue «pro nullitate» *ob amentiam* debida a una esquizofrenia profunda que le incapacitaba para asumir y cumplir las obligaciones esenciales del matrimonio³⁶.

A partir del año 1969 ya vendrían toda una serie de sentencias rotales en este sentido. De esta forma, la Jurisprudencia acaba por admitir, junto a los capítulos tradicionales de nulidad, que la incapacidad de cumplir las obligaciones conyugales puede ser tal que constituye un capítulo autónomo de nulidad en virtud de la imposibilidad de procurar el mismo objeto del consentimiento³⁷.

35. c. POMPEDDA, 6.10.1969, SRRD, 61, 917-24. Un comentario a esta sentencia: O. DI IORIO: *L'omosessualità come causa di nullità matrimoniale e una recentissima decisione rotale*, "El Diritto Ecclesiastico" 80 (1969 II) 147-59.

36. c. PINTO, 20.11.1969, SRRD, 61, 1024-31.

37. Se suele hacer una exposición de la Jurisprudencia Rotal que admite este capítulo de nulidad en casi todas las sentencias de esta índole: c. MERCIÉCA, 12.12.1970,

2. *La nueva codificación canónica*

El avance y desarrollo de la Jurisprudencia Rotal en esta materia ha quedado reflejado en la nueva codificación canónica que ya se está realizando: si estos capítulos de nulidad no estaban expresamente formulados en el c. 1081, 2 del vigente CIC, en los nuevos proyectos «De matrimonio» aparecen formulados explícitamente. He aquí su formulación tal como han aparecido en los dos proyectos «De matrimonio» redactados hasta la fecha:

1975 ³⁸	1980 ³⁹
<p>Can. 296 (novus). Sunt incapaces matrimonii contrahendi:</p> <p>1) qui mentis morbo aut gravi perturbatione animi ita afficiuntur ut matrimonialem consensum, utpote rationis usu carentes, elicere nequeant;</p> <p>2) qui laborent gravi defectu discretionis iudicii circa iura et officia matrimonialia mutuo tradenda et acceptanda.</p> <p>Can. 297 (novus). Sunt incapaces matrimonii contrahendi qui ob gravem anormalem psychosexualem obligationes matrimonii essentielles assumere nequeunt.</p>	<p>Can. 1048. (idem).</p> <p>... utpote <i>sufficienti</i> rationis...</p> <p>Can. 1049. (idem).</p> <p>liam <i>psychicam</i> obligationes...</p>

En la presentación del primer esquema, el relator, P. Huizing, explicaba el alcance y diferencia de estos nuevos capítulos de nulidad: «Etsi principia de incapacitate consensum matrimonialem validum eliciendi implicite in iure vigenti continentur, visum fuit expedire eadem distinctius et clarius in novo iure exprimenda esse. Quare distinguntur: incapacitas totalis talem consensum ob mentis morbum vel perturbationem qua *usus rationis impeditur*; incapacitas proveniens ex *gravi defectu discretionis iudicii* circa iura et officia matrimonialia mutuo tradenda et acceptanda; *incapacitas assumendi obligationes essentielles matrimonii* proveniens ex gravi anomalia psycho-sexuali. Dum in duobus prioribus casibus ipse actus subiectivus sane psychologice consensus defectu substantiali laborat, *in ultimo casu a parte contrahentis actus ille forte integer elici potest, ipse tamen incapax est obiectum consen-*

SRRD, 62, 1137-43; c. LEFEBVRE, 15.1.1972; c. MASALA, 12.3.1975; c. DI FELICE, 17.1.1975; etc.

38. Pontificia Commissio Codici Iuris Canonici Recognoscendo, *Schema documenti pontificii quo disciplina canonica de sacramentis recognoscitur* (Typis Polyglottis Vaticanis, 1975) 821.

39. Vid. supra nota 5.

sus implendi, inde incapax quoque assumptam obligationem illud implendi; quare tertius quoque casus recensendus videbatur inter defectus consensus, potius quam subsumendus sub nomine impotentiae, non quidem phisicae, sed moralis, accedente ratione confusionis cum impotentia psychica vitandae»⁴⁰.

La formulación, por lo tanto, de estos cánones recoge todo el desarrollo realizado por la jurisprudencia en esta materia. Bajo el epígrafe de defecto de consentimiento son tres supuestos distintos los que se contemplan:

- defectus usus rationis
- defectus discretionis iudicii
- incapacitas assumendi onera coniugalia essentialia

Enviado a consulta el primer esquema, apenas si se hicieron correcciones respecto al primer capítulo de nulidad: únicamente se pedía por algunos que se suprimieran las palabras «utpote rationis usu carentes», lo que no se admitió por la Comisión ya que precisamente esas palabras «indicant differentiam inter defectum de quo in n. 1.º et defectum de quo in n. 2.º»⁴¹. Para el segundo capítulo algunos proponían la expresión «qui carent *debita* discretionem» en lugar de «qui laborant gravi defectu discretionis». Se prefirió mantener la formulación del esquema porque el «defectus discretionis» debe ser grave⁴².

Por el contrario, la redacción del capítulo de la «incapacitas» suscitó abundantes críticas: según el esquema propuesto en 1975 sólo se comprendía como origen y causa de la «incapacitas» la enfermedad que provenía de una grave anomalía psico-sexual. Por tanto, no quedaba comprendida la incapacidad proveniente de alguna anomalía no perteneciente a la esfera sexual o de alguna anomalía perteneciente a la esfera sexual, pero que no fuera psico-sexual o tal que perturbase gravemente a la psiché. Es decir que la Comisión parecía presuponer: que la incapacidad de asumir las obligaciones matrimoniales, como capítulo de nulidad contradistinto de las incapacidades provenientes *ex defectu usus rationis* y *ex defectu discretionis iudicii* sólo puede provenir de alguna anomalía psico-sexual; y que no se dan anomalías sexuales que produzcan una incapacidad de asumir las obligaciones matrimoniales excepto aquellas que perturban gravemente a la psiché.

40. P. HUIZING, relator: *De matrimonio*, "Communicaciones" 3 (1971) 77. El subrayado es nuestro.

41. *Coetus studiorum de iure matrimoniali*, "Communicaciones" 9 (1977) 370. Prescindimos, porque nos alejaría de nuestro tema, de una valoración de este esquema en general: U. NAVARRETE: *Schema iuris recogniti "De matrimonio". Textus et observationes*, "Periodica" 63 (1974) 611-58; H. ALONSO ALIJA: *Observaciones al nuevo texto "De matrimonio"* (Madrid, 1976); T. GREEN: *The Revision of Marriage Law. An Exposition and Critique*, "Studia Canonica" 10 (1976) 363-410; P. HUIZING: *La conception du mariage dans le Code, le Concile et le "schema de sacramentis"*, "Revue de Droit Canonique" 27 (1977) 135-46; J. MANZANARES - T. GARCÍA BARBERENA: *Nueva codificación del derecho sacramental. Anotaciones al esquema propuesto por la Comisión Pontificia*, "Salmanticensis" 24 (1977) 101 ss.

42. *Coetus studiorum de iure matrimoniali*, art. cit., 370.

Pero ambas cosas no parecen que estén muy de acuerdo con las actuales conclusiones de la psicología y de la psiquiatría. Es decir: que parece que se trata de dos suposiciones gratuitas y no justificadas, porque no es cierto ni que la *incapacitas assumendi obligationes* sólo pueda provenir de anomalías sexuales ni que toda anomalía sexual sea necesariamente psico-sexual⁴³.

En este sentido se manifestaron las críticas a este capítulo de nulidad ya que se cree que hay más causas de incapacidad de asumir las obligaciones matrimoniales que las meramente psico-sexuales. Si en un principio este nuevo capítulo de nulidad se limitaba a los casos en que tal incapacidad provenía de una grave anomalía psico-sexual, luego se ha ampliado, lo veremos más adelante, a los casos en los que tal incapacidad proviene de cualquier otra anomalía de la personalidad que verdaderamente haga a la persona humana incapaz de asumir y cumplir con tales obligaciones aunque tal vez, atendidas en sí mismas las facultades de entender, de estimar y determinarse libremente, la persona sea capaz de entender la naturaleza del matrimonio, de ponderar y estimar justamente la gravedad del pacto conyugal y de elegir con libertad el matrimonio⁴⁴. Incongruencia que se pone más de manifiesto si se tiene en cuenta que, según el can. 1008 de la nueva codificación el matrimonio es «matrimoniale foedus, quo vir et mulier intimam inter se constituunt totius vitae communionem»⁴⁵, ampliándose el objeto esencial del consentimiento al «ius intimam totius vitae communionem».

Por eso se pidió que se retirase la cláusula restrictiva «proveniens ex gravi anomalia psycho-sexuali» y se dijera simplemente «incapacitas assumendi obligationes essentielles matrimonii» proveniente de cualquier causa, anomalía psico-sexual, anomalía sexual, cualquier anomalía profunda de la personalidad, etc., que haga a la persona humana incapaz de aportar el consentimiento matrimonial e incapaz, por lo tanto, de asumir las obligaciones esenciales del matrimonio porque es incapaz de cumplirlas, aunque quizás miradas en sí mismas las facultades de entender, de estimar y de determinarse libremente, sea capaz de entender la naturaleza del matrimonio, de estimar la gravedad del pacto conyugal y de elegir. Es decir: «restrictio quam schema facit ad anomalias *psycho-sexuales* videtur innecessaria, immo et minime conveniens cum nullam utilitatem allatura et insuper ansam difficultatibus et dubiis datura praevideatur»⁴⁶.

La Comisión se hizo eco de la indebida restricción realizada en el canon redactado sobre la «incapacitas» «ad anomaliam psychosexualem tantum» y de las propuestas recibidas para suplir esa expresión: «anomaliam psychicam», «praesertim psychosexualem», «anomaliam psychicam aut psychose-

43. U. NAVARRETE: «*Incapacitas assumendi onera*» uti caput autonomum nullitatis matrimonii, "Periodica" 61 (1972) 68-70.

44. E. CASTAÑEDA DELGADO: *Los estados demenciales*, art. cit., 79; J. M.^a SERRANO: *Líneas generales*, art. cit., 368, nota 52.

45. Vid. supra nota 5, canon 1008.

46. U. NAVARRETE: *Incapacitas*, art. cit., 70-72.

xualem», «ob gravem anomaliam», o añadir «vel ob indolis gravissimam distorsionem»⁴⁷.

También entre los mismos consultores hubo esta misma discusión y duda adoptando una postura intermedia entre la fórmula restrictiva del esquema, «anomaliam psychosexualem», y otra más amplia que abría las puertas para invocar otras raíces de la «incapacitas», «ob gravem anomaliam praesertim psychosexualem»: la fórmula elegida, aunque no unánimemente, fue la de «ob gravem anomaliam psychicam»⁴⁸.

Para algún autor, aún reconociendo lo acertado de la última corrección, «la norma sustantiva no debe exponer los motivos en los que se ha de fundar esa incapacidad... En la legislación no se trata de determinar la causa de la incapacidad, sino afirmar el hecho de la misma como causa de nulidad... Todo lo contrario de lo que sucede con la Jurisprudencia. Porque ésta tiene que probar la incapacidad y... para conocer la incapacidad tiene que buscar la causa que produce esa incapacidad»⁴⁹. Opinión que compartimos ya que el factor determinante de la nulidad no es la causa que origina la incapacidad sino el hecho de la imposibilidad de asumir las obligaciones, independientemente de la causa que lo produzca.

3. *La 'incapacitas' como capítulo autónomo de nulidad*

No toda la Jurisprudencia Rotal admitió la autonomía de este capítulo de nulidad: en este caso la «incapacitas» se encuadraba dentro del «defectus discretionis iudicii» negándole especificidad y autonomía propia, lo que era una muestra de las dificultades encontradas en señalar las diferencias entre la capacidad de «percibir» y de «cumplir» los compromisos conyugales. Como ejemplo tenemos este «in iure» de una c. de Felice, 17-1-1976: «Incapacitas ad tradendum ius ad communionem vitae coniugalis ob defectum psychopathicum quoad relationes interpersonales, quae sint coniugalis ob defectum psychopathicum quoad relationes interpersonales, quae sint coniugales, nectendas non tantum defectum consensus gerit ob carentiam eiusdem obiecti, sed praesertim est verus defectus consensus ob defectum discretionis iudicii nupturientis... Deficiente prorsus consensu ob defectum discretionis iudicii matrimonio proportionatae, non amplius agendum est de defectu obiecti consensus, cum iam ipse consensus non existat ob incapacitatem nupturientis ad illum ponendum. *Quare incapacitas assumendi onera coniugalia solummodo vim iuridicam ad irritandum matrimonium ha-*

47. *Coetus studiorum*, art. cit., 370.

48. *Ibid.*, 370-71. El resultado de la votación fue:

- an placeat dicere “anomaliam psychosexualem”: placet 0, non placet 8;
- an placeat “ob gravem anomaliam praesertim psychosexualem”: placet 0, non placet 8;
- an placeat “ob gravem anomaliam psychicam”: placet 4, non placet 3, se abstinet 1.

49. A. ARZA: *Incapacidad*, art. cit., 485-506.

*bet ob defectum discretionis iudicii, ex eadem in persona nupturientis permanantem»*⁵⁰.

Pero, como hemos visto, la mayor parte de la Jurisprudencia Rotal y la nueva codificación han establecido la autonomía de la «incapacitas assumendi onera coniugalia» como capítulo de nulidad diferente de: *la dementia in re uxoria*, el *defectus discretionis iudicii*, la *simulatio*, la *impotentia coeundi* y la *impotentia moralis*⁵¹. Hoy ya es un dato adquirido «que son cosas distintas la capacidad para consentir en el matrimonio (aún con todas las peculiaridades que son propias del pacto conyugal); la capacidad para percibir o entender los compromisos conyugales; y la capacidad para asumir o cumplir esos mismos compromisos. Y aunque no desconozcamos las dificultades del tema, juzgamos que es deseable una abierta recepción de estos casos, también en cuanto a la terminología, aunque no sea más que para ayudar a uniformar la Jurisprudencia en todos los tribunales de la Iglesia»⁵².

Aunque se ha afirmado «che la incapacitas assumendi obligationes essentialis matrimonii è una derivazione di una particolare nozione giuridica di impotenza, alla quale si è giunti, appunto, in virtù di una interpretazione estensiva o, per meglio dire, innovativa del concetto canonistico di impotentia»⁵³, lo cierto es que, sin negar una posible influencia de esta particular noción de impotencia, la jurisprudencia rotal para admitir este capítulo se basa en:

a) Un desarrollo del principio de Derecho natural, expresado bajo diferentes nombres en los principios del derecho: «*Impossibilium nulla obligatio est*», «*Nemo potest ad impossibile obligari*», «*Ad impossibile nemo tenetur*», etc.⁵⁴.

b) En los progresos científicos sobre el descubrimiento de las raíces de la psicopatología.

c) En la superación de unos condicionamientos filosófico-psicológicos de los principios de la Rota Romana.

En cualquier caso, esta solución de la Jurisprudencia Rotal «ha avuto l'indubbio merito di considerare matrimoni invalidi molteplici dolorosi casi che sembravano in passato non potere essere sussunti sotto altri capita nullitatis e che perciò la giurisprudenza meno recente valutava come giuridicamente validi, pur affermando la gravità morale della situazioni in esi

50. c. DI FELICE, 17.1.1976 («Ephemerides Iuris Canonici» 32 (1975) 284-85, n. 3); c. MASALA, 12.3.1975; c. DI FELICE, 8.3.1975; etc.

51. Para la diferencia entre la «incapacitas assumendi onera coniugalia» y la llamada «*impotentia moralis*», vid. O. FUMAGALLI CARULI: *Il matrimonio canonico dopo il Concilio. Capacità e consenso* (Milano, 1978) 27-36.

52. c. SERRANO, 9.5.1980, n. 23; J. M.^a SERRANO RUIZ: *Nulidad de matrimonio*, o. c., 133.

53. O. FUMAGALLI CARULI: *Il matrimonio*, o. c., 220.

54. D. 50.17.185; In VI *De regul. iur.* 6; S. THOMAS, II-II, q. 62, a. 5, n. 4. A. STANKIEWICZ: *De accomodatione regulae "Impossibilium nulla obligatio est" ad incapacitatem adimplendi matrimonii obligationes*, «Periodica» 68 (1979) 647-72.

creatasi»⁵⁵. Vamos, a continuación, a estudiar más a fondo los diferentes aspectos de este capítulo de nulidad matrimonial.

1) *Concepto.*

En la Jurisprudencia Rotal la entrada de este nuevo capítulo de nulidad ni ha sido pacífica ni admitida por todos. Dos grandes líneas rotales se han distinguido en esta cuestión:

a) Una parte habla de la incapacidad de asumir las cargas conyugales como sinónimo de incapacidad de querer indentificando así, sustancialmente, esta expresión con las hipótesis de *amentia* o *insania circa rem uxoriám* o, sobre todo, con el *defectus discretionis iudicii*, porque se dice que la debida *discretio iudicii* pide la natural capacidad de cumplir las obligaciones matrimoniales que se acepten por el mismo contrayente. Sirva como botón de muestra el ya citado «in iure» de una c. di Felice⁵⁶.

Los principales riesgos de esta concepción son:

1. Se toma el concepto de la incapacidad, en contra de la experiencia diaria, en un sentido muy restrictivo: se requiere que también estén viciadas las facultades intelectivas o volitivas. En tal caso, v.g., el matrimonio de un homosexual, masculino o femenino, con dichas facultades normales sería válido.

2. Hay una inconveniente extensión de la *discretio iudicii*, de la facultad crítica o estimativa. Y se olvida que la capacidad de asumir las obligaciones matrimoniales no es el producto de las facultades intelectuales y volitivas del consentimiento matrimonial, sino su necesaria suposición.

3. En esta identificación se confunde el sujeto y el objeto material del consentimiento: no se trata de una incapacidad del contrayente como sujeto del consentimiento, sino como objeto material, que él debe ser capaz de proporcionar el objeto esencial formal del matrimonio, el «*ius in corpus*» o el «*ius ad communionem vitae, perpetuum et exclusivum ad actus per se aptos ad prolis generationem*» (c. 1081, 2).

55. O. FUMAGALLI CARULLI: *Il matrimonio*, o. c., 216, 36-38: "Essa, come è noto, è stata creata dalla giurisprudenza specie rotale, che in questa ha portato contributi veramente decisivi, per risolvere casi (ad esempio, le aberrazioni psico-sessuali), che la coscienza morale di ogni giudice avvertiva come ripugnanti a che fossero considerati irrilevanti ai fini della validità del vincolo".

56. c. DI FELICE, 17.1.1976 ("Ephemerides Iuris Canonici" 32 (1976) 285, n. 3); c. FIORE, 26.4.1977 ("Ephemerides Iuris Canonici" 34 (1978) 340-45), donde se adopta una de las posturas más duras que hemos encontrado para no admitir este capítulo de nulidad basándose en diversas causas: la incertidumbre de la ciencia psicológica y psiquiátrica; no se deben admitir nuevos capítulos de nulidad; no es lícito provocar de esta forma la reforma del derecho canónico; es fruto de la presión divorcista de la época... C. LEFEBVRE, 15.1.1972 ("Ephemerides Iuris Canonici" 28 (1972) 320, n. 4): "At hucusque rotalis traditio, psychiatricam scientiam sequens, non censebat admittendam esse incapacitatem quamdam, quae rationem non haberet sive mentalis morbi, sive interna libertatis requisitae, proinde semper agnoscebatur casus vis quo resisti non possit, sive insania in re uxoria sive defectus discretionis iudicii".

4. Finalmente, no resiste a la contra-prueba de la experiencia vivida que nos enseña que se puede pedir la nulidad de un matrimonio por estos dos capítulos, propuestos alternativamente, en una misma causa. Lo cual no podría hacerse si se identificase con la *dementia* o con el *defectus discretionis iudicii*⁵⁷.

b) Otra parte de la jurisprudencia ha distinguido entre estas dos hipótesis y habla de la incapacidad de asumir las cargas conyugales como de un capítulo autónomo de nulidad por incapacidad de cumplir el objeto del contrato o del matrimonio. Es la línea que se ha impuesto.

También por parte de la doctrina canónica hubo unos momentos iniciales en que una parte de ella negaba la autonomía de este capítulo de nulidad: «in essa 'incapacitas' è intaccata la 'discretio iudicii' poichè ni è nel soggetto una incapacità a valutare la propria possibilità di assumere le obbligazioni matrimoniali... In senso proprio non si può qui parlare di 'impossibilità di attuare il voluto', anche se questa espressione riesce a ben illustrare un aspetto della questione, che tuttavia non sembra quello decisivo, poichè in definitiva, a mio avviso, non può considerarsi come voluto l'oggetto del consenso quando il soggetto, che tale consenso emette, si trova nella impossibilità di valutare la propria capacità ad obbligarci»⁵⁸.

Sin embargo, y de una forma progresiva, se ha impuesto la autonomía de este capítulo de nulidad: partiendo de las *regulae iuris*, «nemo ad impossibilia obligari potest» o «nemo valide obligationem assumit quam adimplere non valet», se argumenta que puede suceder que una persona, que es capaz de realizar el acto entitativamente propio del consentimiento, sea incapaz, por otras circunstancias o deficiencias, de asumir las obligaciones y derechos que se derivan del acto. Y por esta incapacidad de asumir, para luego poder cumplirlas, estos derechos y obligaciones, el consentimiento es nulo porque le falta un elemento esencialmente necesario para ser consentimiento matrimonial. No importa que el que padezca esta incapacidad tenga conocimiento y discreción suficientes: no se trata de un defecto de conocimiento por falta de entendimiento o de voluntad sino por inexistencia del objeto del contrato. Aquí se hace residir la autonomía de este capítulo de nulidad matrimonial⁵⁹.

57. M. VEGAN: *L'incapacità d'assumere les obligations du mariage dans la jurisprudence récente du tribunal de la Rote*, "Revue de Droit Canonique" 28 (1978) 138-44.

58. O. FUMAGALLI CARULLI: *Il matrimonio*, o. c., 217-18; BERLINGÓ: *Luci e ombre su travestisti e omosessuali nella giurisprudenza canonica*, "Il Diritto di famiglia e delle persone" 5 (1976) 118.

59. A. ARZA: *Los "homosexuales", ¿incapaces para contraer matrimonio?*, en *La Chiesa dopo il Concilio*, 2 (Milano, 1972) 61-62; U. NAVARRETE: *Incapacitas assumendi onera*, art. cit., 55: "videtur dari posse in quibus hypersexualis possit perfecte intelligere ac ponderare quid sit matrimonium atque ad illud sine necessitate interna sese determinare; sed cuius actus voluntatis sit inefficax iuridica ea sola ratione, quia obiectum consensus, id est, exclusivum ius in corpus in ordine ad actus coniugales modo naturali et mensura peragendos, praestare non possit"; R. DALY: *The distinction between The Lack of Due Discretion and The Inability to fulfill the obligations of marriage*, "Studia Canonica" 9 (1975) 153-66; U. NAVARRETE: *Problemi sull'autonomia dei capi*

Como dice U. Navarrete la *incapacitas assumendi onera* proviene de la incapacidad de prestar el objeto del consentimiento: «si autem alterum praessupponatur, dari nempe anomaliae sexuales quae ex una parte tali modo impellant individuum ad activitatem sexualem non normalem exercendam —sive quoad frequentiam (nymphomania, styriasis), sive quoad ipsum exercitium (homosexualitas, sadismus, masochismus, etc.)—, ut diu resistere non possit quin talem activitatem non normalem exercent, ex alia vero parte, hac anomalia non obstante, facultates spirituales intelligendi, discernendi et deliberate sese determinandi satis integrae remaneant ut subiectum matrimonium intelligere, illius gravitatem discernere illudque deliberate velle possit, tunc sermo esse potest de incapacitate assumendi onera matrimonii essentialia uti de capitis nullitatis diverso ad illis quae in defectu ussu rationis vel debitae discretionis fundantur. In hac hypothesi, *incapacitas assumendi onera proveniret ex incapacitate praestandi obiectum consensus*; qui consensus, ceterum, attentis facultatibus illum elicentibus, esset actus plene humanus, sea a deliberate voluntate elicitus»⁶⁰.

Este es el verdadero concepto de la incapacidad. La Jurisprudencia Rotal confirma y desarrolla estos conceptos:

En una c. Lefebvre, 15-1-1972, se fundamenta así: «Tritum est inde a iure Romano haud posse haberi contractum obiecto privato, cum impossibillum nulla obligatio sit. Nec praetermittit S. Thomas denotare: «Sicut in aliis contractibus non est conveniens obligatio, si aliquis se obliget ad hoc quod non potest dare vel facere». Y a propósito de la ninfómana, cuya causa se trataba, se dice: «Quo in casu intelligitur facile praefatam fidelitatis obligationem adimpleri haud posse, et, consequenter assumi, cum nemo possit ad impossibilia teneri, uti superius refertur. Patet proinde hisce casibus deficere ipsum obiectum consensus, et proin consensum matrimoniale ipsum»⁶¹.

En otra c. Lefebvre, 31-1-1976, se nos dice en qué consiste esta incapacidad: «Quae incapacitas sistit in impossibilitate praestandi obiectum matrimonialis contractus aut elementum essentielle praedicti obiecti, ex quo non potest de se unio effici nisi nulla, cum ad impossibile nemo teneatur, uti recordatur S. Thomas asserens: «Sicut in aliis contractibus non est conveniens obligatio, si aliquis se obliget ad hoc quod non potest dare vel facere; ita non est conveniens matrimonii contractus, si fiat ab aliquo qui debitum carnale solvere non potest (S. Theol., Suppl. q. 58 a. 1 in ce)»⁶².

En una c. Pinto, 14-4-1975, se nos insiste en las mismas ideas: «Quodsi, matrimoniali consensu praestito, ob gravem anomalam psychosexualem momento celebrationis existentem, contrahens praefatas obligationes consensu assumptas adimplendi incapax fuerit, matrimonium ex natura rei invalidum

di nullità del matrimonio per difetto di consenso causato da perturbazioni della personalità, en *Perturbazioni psichiche*, o. c., 113-36.

60. U. NAVARRETE: *Incapacitas*, art. cit., 53.

61. C. LEFEBVRE, 15.1.1972 ("Ephemerides Iuris Canonici" 28 (1972) 319, n. 2 y 332, n. 9).

62. C. LEFEBVRE, 31.1.1976 ("Ephemerides Iuris Canonici" 32 (1976) 285, n. 3).

erit, ob illius inhabilitatem ad obiectum formale essenziale contractus praestandum (D. 18.4.1; 30.39.8-10; 44.7.1,9-10; 50.17.185; In VI, Deregul. iur., reg. VI)... Incapacitas obiectum formale essenziale contractus praestandi, et ideo matrimonii nullitas habetur»⁶³.

Finalmente, en una c. Ewers, 15-1-1977, se nos presenta el caso típico de la *incapacitas*: se conservam intactas las facultades intelectuales, incluso se puede desear el matrimonio. Pero si es incapaz de cumplir, el matrimonio es nulo⁶⁴.

2) Nombre.

Una vez determinado el concepto de la *incapacitas assumendi onera coniugalia* nos detendremos brevemente en la denominación adoptada, ya que es una cuestión que excede de lo meramente terminológico y que incide en el mismo concepto de la *incapacitas*.

En la Jurisprudencia Rotal, quizás como reflejo de la propia inseguridad doctrinal y de los titubeos que han acompañado la introducción de este capítulo de nulidad, aparece designado con una gran variedad terminológica, como se ve en la enumeración de los diversos capítulos que se invocan para designarla:

a) El término más empleado, y que se ha impuesto, es el de *incapacitas assumendi onera coniugalia* o *incapacitas assumendi obligationes matrimoniales substantiales* o *incapacitas assumendi obligationes essentielles matrimonii*.

b) También se suele usar bastante el término de *incapacitas adimplendi essentialia onera matrimonii*.

c) Como término que intenta englobar las dos ideas anteriores, se emplea: *incapacitas assumendi et adimplendi onera coniugalia* o *incapacitas saltem relativa assumendi et exsequendi onera essentialia matrimonii*.

d) Con referencia explícita al consentimiento, se emplean los siguientes términos: *incapacitas viri praestandi verum coniugalem consensum*, *incapacitas matrimonialis consensus praestandi atque incapacitas essentialia matrimonii onera adimplendi* o *incapacitas viri consensum emittendi*.

e) Finalmente, otro término usado es el de *impotentia moralis psychologica*⁶⁵.

63. C. PINTO, 14.4.1975 ("Ephemerides Iuris Canonici" 31 (1975) 381, n. 2 y n. 3).

64. C. EWERS, 15.1.1977 ("Ephemerides Iuris Canonici" 33 (1977) 356, n. 5); c. SERRANO, 18.11.1977 ("Ephemerides Iuris Canonici" 34 (1978) 346, n. 3); c. MASALA, 12.3.1975 ("Ephemerides Iuris Canonici" 32 (1976) 277, n. 6); c. PINTO, 28.10.1976 ("Ephemerides Iuris Canonici" 33 (1977) 335): "Incapax est essentialia matrimonii onera adimplendi qui ius in corpus, perpetuum et exclusivum, in ordinem ad actus per se aptos ad prolis generationem, tradere et acceptare non valet (c. 1081, 2)".

65. Vid. estas denominaciones en las sentencias rotales mencionadas. Además: A. M. CARR: "Moral Impotency" as a matrimonial impediment, "Homiletic and Pastoral Review" 67 (1966) 1038-40; S. VILLEGIANTE: *L'incapacità psicologica come caus adi nullità del matrimonio in diritto canonico*, en *Studi di diritto canonico in onore de M. Megliocchetti*, 3 (Roma, 1974).

La elaboración doctrinal ha seguido un camino más nítido que la jurisprudencia rotal:

a) En un principio una cierta corriente de opinión, cuya cabeza visible es J. Bernhard, influidos por su teoría sobre el matrimonio existencial y en la fe, denominaba a este capítulo de nulidad *impotencia moral* o *incapacidad moral* o *impotencia psíquica*: «nous entendons par incapacité morale, l'incapacité à assumer (et à accomplir) les obligations essentielles du mariage»⁶⁶.

b) Se abandonó, de forma general este término, por estas razones:

1. El término *impotentia* tiene, en el Derecho canónico, un sentido determinado y universal limitado a la incapacidad de realizar el acto conyugal. Parecía peligroso ampliar este concepto y denominación clásica a otros significados distintos.

2. En esta noción canónica de impotencia se comprende no sólo la impotencia debida a un defecto funcional o anatómico, sino también la debida a una anomalía psíquica que absoluta o relativamente impide el acto conyugal. Por lo que si se admitía este término para designar la *incapacitas* se originaría una gran confusión.

3. Bajo el término de *impotentia psychica* o *impotentia moralis* pueden ser incluidas igualmente todas las incapacidades, por lo que este término, al ser poco especificativo, apenas si prestaría ayuda a la ciencia y jurisprudencia canónica⁶⁷.

c) Como hemos visto antes, se ha preferido la fórmula de *incapacitas obligationes matrimonii essentielles assumendi* en la nueva codificación y es la que se va imponiendo en la Jurisprudencia. Se la considera como la más apropiada y técnica para expresar el contenido de este capítulo de nulidad, aunque también, lo veremos a continuación, puede ser discutida por su vaguedad e imprecisión.

3) Objeto.

A pesar de las delimitaciones que hemos ido haciendo, hay que coincidir con U. Navarrete que el término *incapacitas assumendi onera matrimonii*

66. J. BERNHARD: *L'incapacité morale, incapacité à assumer ou à accomplir les obligations du mariage?*, en *Etudes de droit et d'histoire. Mélanges Mgr. H. Wagnon* (Louvain-La-Neuve, 1976) 455; IDEM: *Réflexion critique sur l'incapacité morale. Incapacité ou non consommation existentielle du mariage?*, "Revue de Droit Canonique" 25 (1975) 274; IDEM: *De la "praxis" canonique a la théorie: interprétation nouvelle de l'«insuffisance» d'engagement*, "Revue de Droit Canonique" 29 (1979) 140-50. U. NAVARRETE cita entre los defensores de esta terminología a: J. T. FINNEGAN: *The capacity to marry*, "The Jurist" 29 (1969) 141-56; M. J. REINHARDT - G. U. ABELLA: *Essential incompatibility as grounds for nullity of marriage*, "The Catholic Lawyer" 16 (1971) 173-87.

67. U. NAVARRETE: *Incapacitas*, art. cit., 73-74; Ch. LEFEBVRE: *La jurisprudence*, art. cit., 377; M. AÍSA GOÑI: *Anomalías*, art. cit., 236; C. GULLO: *Spunti critici in tema di incapacità ad assumere gli onere coniugali*, "Il Diritto di famiglia e delle persone" 4 (1975) 1484, nota 22.

essentialia es tan general que si no se restringe a su campo específico apenas servirá en derecho⁶⁸: a través de los diversos nombres y denominaciones hemos visto que es necesario delimitar su campo de actuación. Dos han sido las denominaciones más empleadas: *incapacitas assumendi* e *incapacitas adimplendi*. Hay que recalcar que no son meras cuestiones terminológicas, sino que bajo su denominación se esconde una determinada concepción de este nuevo capítulo de nulidad.

Para J. Bernhard, el objeto de este nuevo capítulo de nulidad es la incapacidad de realizar las obligaciones del matrimonio: de esta forma «s'agirait d'extraire la problématique de la nouvelle incapacité de celle du consentement de manière à bien distinguer l'incapacité du defectus discretionis iudicii». Por este motivo, distingue entre la *libertas decisionis*, que sería la incapacidad de asumir las obligaciones del matrimonio y consistiría en «l' ineptitude à éliciter un consentement matrimonial psychologiquement suffisant ou complet c'est-à-dire émis avec la liberté intérieure et le discernement requis», y la *libertas executionis*, que sería la incapacidad de cumplir las obligaciones del matrimonio: «quant... à l'incapacité de remplir les obligations, celle affecte la libertas executionis, la libertas decisionis étant supposée réalisée en l'occurrence». El nuevo capítulo de nulidad consistiría propiamente en la incapacidad de cumplir, no de asumir, las obligaciones matrimoniales esenciales⁶⁹.

Pienso que ni la historia de la aparición de este capítulo, ya vista brevemente antes, ni desde el punto de vista del objeto hay lugar a la citada división: desde el punto de vista jurídico «entrambe le ipotesi si riducono giuridicamente alla indisponibilità dell'oggetto del contratto: proprio in quanto vienemeno in entrambe le potesi la facultas disponendi de obiecto contractus, il soggetto per questa sua incapacità non può formare giuridicamente un valido consenso, essendo la sua volontà compromessa dalla presenza di una psicopatía che incide sull'oggetto del volere»⁷⁰. En este sentido se orienta la mayor parte de la jurisprudencia rotal: se trata de la incapacidad no de prestar el consentimiento sino de prestar el objeto de ese consentimiento. De donde resulta que el individuo es incapaz de asumir lo que el matrimonio significa. Y por eso es nulo el matrimonio: v.g., c. Lefebvre, 15-1-1972: «Quidquid est, deficit obiectum matrimonialis contractus, cum desit exclusivitas iuris tradendi acceptandique (c. 1081, 2)»; c. Pinto, 14-4-1975; c. Lefebvre, 31-1-1976; c. Pinto, 28-10-1976: «incapacitas directe adimplendi, indirecte assumptionem onerum respicit»⁷¹.

Varias direcciones se pueden constatar en esta cuestión:

a) Una primera parte de una interpretación literal del can. 1081 y radica el objeto de la *incapacitas* en el *ius in corpus*: la incapacidad, entonces, se

68. U. NAVARRETE: *Incapacitas*, art. cit., 49.

69. J. BERNHARD: *L'incapacité morale*, art. cit., 471; IDEM: *Réflexion critique*, art. cit., 274.

70. O. FUMAGALLI CARULLI: *Il matrimonio*, o. c., 218-19, nota 31.

71. A. STANKIEWICZ: *De accomodatione*, art. cit., 668-70.

refiere a las *onera essentialia*, de una forma especial a la relación sexual. Esta podrá precisarse de modo diverso, más o menos restrictiva, según el contenido más o menos materialístico que se le de al *ius in corpus*. Esta postura inicial, aplicada a los casos de homosexualidad, hiperestesia sexual, etc., parece estar superada ya que se limita a una consideración meramente materialística de la *una caro*.

b) En una segunda dirección se entiende el objeto de la *incapacitas*: partiendo de la nueva valoración del consentimiento matrimonial, con una consideración menos materialística del *ius in corpus*, se considera el objeto del consentimiento como el *ius ad vitae communionem*, el *consortium omnis vitae*⁷². Por lo tanto, la incapacidad debe ser juzgada también con referencia a la relación interpersonal de recíproca integración que el matrimonio genera y que debe entenderse como más amplio que la pura relación sexual. Prescindimos de plantear toda la problemática reciente sobre el *ius ad vitae communionem*⁷³.

c) Una tercera dirección va más allá: se toma como punto de partida el que forma parte del objeto las obligaciones no esenciales del matrimonio y de aquí se extenderá el contenido de la *incapacitas assumendi onera coniugalia* a las obligaciones no esenciales, comprendiendo por lo tanto los derechos de los cónyuges derivados de los fines del matrimonio y los derechos no esenciales de los cónyuges⁷⁴.

d) Finalmente, J. Bernhard ha propuesto una derivación de la *incapacitas* a la *insuficiencia del compromiso matrimonial*: en la insuficiencia habría un consentimiento inicial objetivamente insuficiente, como en la *incapacitas*. Pero no se trataría de poner en cuestión la posibilidad de una comunión de vida mínima, sino la instauración efectiva de una comunión de vida mínima verdaderamente matrimonial. Para la prueba «l'insuffisance se mesure aux faits (il n'y a pas lieu de recourir à des tests ou à des diagnostics médicaux): on tient compte essentiellement de la manière dont la vie commune a été vécue pour conclure éventuellement à l'insuffisance initiale de l'engagement matrimonial»⁷⁵.

4) Causas.

El hecho de que quién es incapaz de asumir las obligaciones esenciales del matrimonio es incapaz de ir al matrimonio, es tan evidente que parece

72. J. M.^a SERRANO RUIZ: *El "ius in corpus" como objeto del consentimiento*, en *El consentimiento*, o. c., 63-69; L. VELA SÁNCHEZ: *La "communitas vitae et amoris"*, en *El consentimiento*, o. c., 91-112; D. E. FELLHAUER: *The "Consortium omnis vitae" as a Juridical Element of Marriage*, "Studia Canonica" 13 (1979) 5-171.

73. *Ibid.*

74. *Ibid.*

75. J. BERNHARD: *Réflexion sur la dynamique de l'engagement matrimonial*, "Revue de Droit Canonique" 27 (1977) 290-302; IDEM: *De la "praxis"*, art. cit., 144-49. En otro sentido: G. GONZÁLEZ: *Incapacidad para entender. Imposibilidad de cumplir. Sobre la situación eclesial y la pastoral de los divorciados que han contraído nuevo matrimonio*, "La Ciencia Tomista" 108 (1981) 347-62.

sonar a tautología. La dificultad, unida a la delimitación del objeto, se manifiesta en la delimitación de las anomalías que producen la incapacidad. Es una cuestión que, lógicamente, está muy unida a la anterior.

Recordando lo dicho anteriormente, hay que repetir que la autonomía de este nuevo capítulo de nulidad se hace residir en la imposibilidad de prestar el objeto del contrato matrimonial. Pero esta expresión es tan general que puede comprender toda clase de incapacidad natural para el matrimonio. Como también hemos visto, se ha introducido este capítulo para señalar aquella específica incapacidad proveniente de anomalías de la personalidad que, dejando íntegras las potencias de entender y de querer, volvería al sujeto incapaz de empeñarse en un válido pacto conyugal y por eso es incapaz de cumplir las obligaciones esenciales. En tal hipótesis el matrimonio sería inválido no por incapacidad de entender y de querer sino por otro hecho: por incapacidad de *stare promissis*, de cumplir las obligaciones esenciales del matrimonio.

También aquí, como en el caso anterior, ha habido una progresiva evolución de las causas productoras de la incapacidad:

a) En un primer momento, este capítulo de nulidad parecía quedar fijado para las enfermedades de la esfera psico-sexual: ninfomanía, satyriasis, sadismo, masoquismo, fetichismo, inmoralidad constitucional, bisexualidad, personalidad psicopática, incesto, etc.⁷⁶.

Particular interés, por diversos motivos, es el tema de la homosexualidad: A. Arza ha mostrado como la homosexualidad en sí no era causa de nulidad del matrimonio en ningún caso y ha señalado la evolución de los diversos capítulos que se han invocado para resolver los casos problemáticos de los homosexuales: impotencia física o funcional, defecto de conocimiento debido, exclusión del matrimonio, exclusión de las propiedades esenciales del matrimonio y exclusión de la prole. Finalmente se ha incluido en la incapacidad de la asunción de las obligaciones conyugales porque es incapaz de cumplirlas⁷⁷.

76. G. MANTUANO: *Incapacità matrimoniale di origine psicopatologica: difetto di legittimazione al negozio o difetto di consenso?*, "Il Diritto Ecclesiastico" 82 (1971 II) 86. Además de la bibliografía citada infra y de la Jurisprudencia Rotal supra: c. PINTO: 20.4.1979 ("Monitor Ecclesiasticus" 104 (1979) 383-95); c. RAAD, 13.11.1979 ("Monitor Ecclesiasticus" 105 (1980) 30 45); c. RAAD, 20.3.1980 ("Monitor Ecclesiasticus" 105 (1980) 177-83). Ch. RITTY: *Possible invalidity of marriage by reason of sexual anomalies*, "The Jurist" 23 (1963) 394; S. VILLEGIANTE: *Ninfomania e cause di nullità matrimoniale*, "Il Diritto Ecclesiastico" 71 (1960 II) 162-84; IDEM: *Ninfomania e difetto di consenso*, "Il Diritto Ecclesiastico" 71 (1960 II) 315-22; J. J. GRAHAM: *Transsexualism and the Capacity to Enter Marriage*, "The Jurist" 41 (1981) 117-54.

77. A. ARZA: *Los "homosexuales", ¿incapaces para contraer matrimonio?*, "Estudios de Deusto" 17 (1969) 71-133; A. M. CARR: *Homosexuality as Invalidating Marriage*, "Homiletic and Pastoral Review" 74 (1973) 71-73; D. G. OESTERLE: *De relatione homosexualitatis ad matrimonium*, "REDC" 10 (1955) 7-50; W. J. TOBIN: *Homosexuality and Marriage* (Romae, 1964); S. VILLEGIANTE: *Rilevanza giuridica dell'omosessualità nel consenso matrimoniale*, en *La Chiesa dopo il Concilio*, 2 (Milano, 1972) 1343-67; J. VERNAY: *L'évolution de la jurisprudence rotale en matière d'homosexualité et de nymphomanie*, "Revue de Droit Canonique" 26 (1976) 79-90.

b) Posteriormente se ha ampliado la incapacidad al *ius communionis vitae*: es decir, incapacidad de una relación interpersonal de los cónyuges que imposibilite la *communio vitae et amoris*, debido a los casos graves de egoísmo, narcisismo, inmadurez afectiva, etc.⁷⁸. En este sentido se orienta una decidida corriente de la Jurisprudencia Rotal:

1. En una c. Serrano, 5-4-1973, se trata de la incapacidad del varón para prestar un verdadero consentimiento matrimonial. En el «in iure» (n. 12) se dice: «De radicali igitur incapacitate quaestionem venit in illis omnibus personalitatis deordinationibus, quae penes psychiatriae cultores non attingunt formalem 'morbi' qualificationem et tamen inducunt *psychopathicam abnormitatem*, quae potest praecise incidere in facultatem suiecti nectendi relationem interpresonalem, qua iura alterius in seipso una cum propriis in altero recte intelliguntur, intentione prosequuntur, mutua traditione et acceptatione conmutantur».

2. Otra c. Serrano, 20-4-1974, se dictamina la nulidad de un matrimonio por incapacidad de uno de los cónyuges para prestar el consentimiento motivado por una *inmadurez de juicio por perversión sexual*, por ser *esencialmente defectuosa la relación interpersonal* propia...

3. En una c. Lefebvre, 31-1-1976, en el «in iure» (n. 3) se dice: «Incapacitas autem praedicta haberi potest sive propter morbum quemdam, sive propter *non morbosam abnormitatem* ob causas quidem diversi generis, inter quas pariti in casu determinaverunt eminere impossibilitatem fovendi relationem interpersonalem et adhuc immaturitatem affectivam».

4. Y en una c. Parisella, 11-5-1978: «Incapacitas tamen onera coniugalia assumendi, praeter memoratum elementum biologicum, illam quoque comprehendit *intimam vitae communitatem*, id est stabilemque interpersonalem necessitudinem, seu relationem, in duarum personarum donatione positam». («in iure», n. 3).

c) Para otros, finalmente, se debe ampliar a la incapacidad de cumplir, y por lo tanto de asumir, los *tria bona matrimonii*⁷⁹. Dos consecuencias importantes se derivarían de esta concepción:

78. Además de la jurisprudencia citada, vid. J. M.^a SERRANO RUIZ: *Nulidad de matrimonio*, o. c., 19-188; c. STANKIEWICZ, 5.4.1979 ("Monitor Ecclesiasticus" 104 (1979) 425-42): incapacidad para instituir relaciones interpersonales por esquizofrenia; c. STANKIEWICZ, 31.5.1979 ("Monitor Ecclesiasticus" 105 (1980) 189-203): por incapacidad psicológica de la mujer; c. PINTO, 23.11.1979 ("Monitor Ecclesiasticus" 105 (1980) 375-88, 389-400): por incapacidad para instaurar una íntima comunidad de vida y de amor. M. AÍSA GOÑI: *Anomalías psíquicas*, art. cit., 237; O. FUMAGALLI: *Il matrimonio*, o. c., 38-39; Ch. LEFEBVRE: *La jurisprudence rotale*, art. cit., 385; U. NAVARRETE: *Incapacitas*, art. cit., 65-67; M. WEGAN: *L'incapacité*, art. cit., 157; N. PICARD: *L'immaturité et le consentement matrimonial*, "Studia Canonica" 9 (1975) 37-56; A. MENDOÇA: *Antisocial Personality and Nullity of Marriage*, "Studia Canonica" 15 (1981) 45-72; J. B. ZUSY: *Matrimonial Consent and Immaturity*, "Studia Canonica" 15 (1981) 199-240.

79. C. GULLO: *Spunti critici*, art. cit., 1494.

1. La *incapacitas assumendi onera coniugalia* no constituiría un único capítulo de nulidad, sino que bajo esta expresión genérica estarían comprendidos tantos capítulos diversos y autónomos cuantas son las obligaciones esenciales del matrimonio, de manera análoga a como acontece con la expresión *simulatio partialis* del c. 1086, 2. Por tanto, se podrían individuar estos capítulos autónomos, dentro de la «incapacitas»: la incapacidad de cumplir, y por lo tanto de asumir, las obligaciones esenciales que se derivan del *bonum prolis*, lo que supone además la incapacidad de realizar el acto conyugal de modo humano; y la incapacidad de cumplir y de asumir las obligaciones esenciales que se derivan del *bonum fidei*⁸⁰.

2. Para algunos autores, si esto es así, el *ius ad vitae communionem* no sería un derecho esencial distinto y autónomo de cada uno y de la totalidad de los derechos constitutivos del *bonum prolis* y del *bonum fidei*⁸¹.

En la nueva codificación se establece como causa determinante de esta incapacidad la motivada *ob gravem anomaliam psychicam*. Ya vimos la polémica sobre esta cuestión y dimos nuestra opinión sobre dicha formulación. Lo comprendido bajo este término genérico abarca las anomalías de la vida psíquica, de la conducta social, inadaptaciones profundas del comportamiento y las anomalías de la personalidad: «In altri termini si tratta della semiologia di tutti i quadri clinici delle malattie mentali nel senso più ampio»⁸².

5) Estructura jurídica.

Supuesta la autonomía de la «incapacitas assumendi onera coniugalia» como capítulo de nulidad, se plantea la cuestión de su estructuración jurídica. Se trata de un problema que ha sido, y todavía lo es, muy discutido entre los diversos autores y dentro de la misma Jurisprudencia Rotal, ya que es el lugar donde se ponen más de manifiesto las distintas concepciones de este capítulo de nulidad. No es una cuestión meramente académica, sino que tiene consecuencias prácticas:

a) De la solución que se adopte, el mismo matrimonio podría ser nulo o válido.

b) Si se considera como un *impedimento dirimente*, el matrimonio podría ser convalidado mediante la *sanatio in radice*, aunque «inscia altera parte et semper sine renovatione consensus», cuando cesara el impedimento. Si se considera como un defecto de consentimiento, la *sanatio in radice* no sería posible porque estaríamos ante un *consensus naturaliter insufficiens*.

c) En el primer caso, para la *convalidatio simplex*, se reclama la *renovatio consensus* por ambas partes; en el segundo caso, bastaría que sólo el

80. U. NAVARRETE: *Problemi sull'autonomia*, art. cit., 130-31.

81. *Ibid.*, 131-36.

82. A. STANKIEWICZ: *L'incapacità psichica*, art. cit., 69.

enfermo mental diese un nuevo consentimiento y que el otro cónyuge perseverase simplemente en su consentimiento originario⁸³.

Exponemos, por lo tanto, una síntesis de las diversas teorías sostenidas sobre esta cuestión:

a) Algunos autores sostienen que se debería encuadrar dentro de un *praerquisitum ad agendum*, ya que se trataría de una incapacidad general de derecho general para contraer matrimonio. Se trataría, por lo tanto, de un capítulo de nulidad proveniente *ex iure naturae*⁸⁴. Sin embargo esta postura no soluciona el problema: la raíz de la cuestión no reside en la aprobación de la incapacidad como capítulo de nulidad proveniente *ex iure naturae*, cosa que se admite por todos, sino en su inserción en el derecho positivo, entre los otros capítulos de nulidad ya reconocidos por el derecho positivo: vicio de consentimiento o impedimento dirimente.

b) Para una segunda corriente de autores, la «incapacitas assumendi onera coniugalia essentialia» debe ser encuadrada dentro de los *impedimentos dirimentes*:

1. Para unos, sería un *impedimento dirimente*, bien entendido que para volver inválido el matrimonio, esta incapacidad debe existir ya desde antes de la celebración del matrimonio. Como principales *ventajas* de este encuadre se ven:

a) la especificidad del nuevo capítulo de nulidad aparece manifestada más claramente desde el punto de vista jurídico y existencial;

b) el objeto de este impedimento dirimente se realiza cuando hay una incapacidad de cumplir las obligaciones del matrimonio y esto independientemente de una eventual incapacidad de asumirlas;

c) por lo mismo, en la actuación procesal se investigaría no ya sobre la consistencia del consentimiento, sino sobre unos hechos objetivos sobrevenidos antes, durante y después de la celebración del matrimonio.

Las *dificultades* principales que se señalan son: la similitud que se intenta establecer con la impotencia; los riesgos de abusos que entraña esta concepción; la falta de garantía procesales en favor del *favor iuris* del matrimonio (exigencia de perpetuidad, carácter absoluto o relativo de la incapacidad, etc., etc.)⁸⁵.

2. Para algún autor, sería un *impedimento dirimente general*: se trataría de una *inhabilitas* que, a diferencia de los otros impedimentos, influye directamente sobre el consentimiento. Por lo tanto, su posición correcta sería estar al inicio del capítulo sobre los impedimentos dirimentes, señalando así

83. G. MANTUANO: *Incapacità*, art. cit., 90.

84. E. CASTAÑEDA: *Los estados demenciales*, art. cit., 67-68; A. SABBATTANI: *L'évolution*, art. cit., 146.

85. J. BERNHARD: *Réflexion critique*, art. cit., 280-83; G. MANTUANO: *Incapacità*, art. cit., 93; B. B. DE LANVERSIN: *L'évolution de la jurisprudence*, art. cit., 408-10.

una primera hipótesis de impedimentos o incapacidades generales a la que seguirían los otros impedimentos especiales⁸⁶.

c) Finalmente, una tercera corriente de opinión, que es la que se ha plasmado en la redacción del proyecto *De matrimonio* de la nueva codificación, considera a la *incapacitas assumendi* como un *vicio de consentimiento*, distinto del *defectus discretionis iudicii*. En este sentido se asimila la «incapacitas assumendi obligationes» con la «incapacitas obligationes assumptas implendi». Como dificultad principal se señala la dificultad de establecer su especificidad con relación al *defectus discretionis iudicii*. Como ventajas se señalan: su coherencia y relación con los demás vicios de consentimiento, las garantías procesales, v.g., bastaría que la incapacidad, según una corriente doctrinal y jurisprudencial, hubiera existido en el momento de la celebración del matrimonio fuera cual fuera su carácter, etc.⁸⁷.

En la Jurisprudencia Rotal y en la nueva codificación, como hemos visto supra, la *incapacitas assumendi* se incluye en esta última estructura jurídica: como vicio de consentimiento, como un defecto de consentimiento que anula el matrimonio desde la base misma del derecho natural y no meramente desde la del derecho positivo. Como repetidamente se pone de manifiesto en la Jurisprudencia Rotal no hay inhabilidad producida por derecho positivo, sino verdadera incapacidad de prestar el objeto del consentimiento producida por derecho natural. A los repetidos argumentos manifestados tanto en la Jurisprudencia como en la nueva codificación nos remitimos.

A pesar de estos datos positivos, todavía sigue siendo una cuestión discutida: A. Stankiewicz opina que «dicendum est praedictam incapacitatem vi suae indolis operari ratione *actus*, non autem *consensus*, id est analogice uti impotentia coeundi»⁸⁸.

6) Aspectos procesales.

El reflejo de las diversas posturas doctrinales queda patente en el tratamiento práctico que se da a determinados aspectos procesales. De todas ellas, nosotros vamos a examinar tres cuestiones procesales sobre la *incapacitas assumendi*: características que debe reunir, tiempo en que debe sobrevenir la *incapacitas* y su prueba. Hay que advertir que, lógicamente, en la Jurisprudencia Rotal sobre este capítulo de nulidad se dan por supuestos los aspectos procesales que son comunes a las causas de este tipo y sólo se recalcan los aspectos específicos de este capítulo.

a) Entre las *características* que debe tener la «incapacitas», se recalcan las siguientes:

1. Debe ser *cierta*: pues ocurre que «pluries confunditur incapacitas tra-

86. O. FUMAGALLI: *Il matrimonio*, o. c., 40, 219-20.

87. J. HERNHARD: *Réflexion critique*, art. cit., 276-80; J. M.^a SERRANO RUIZ: *La nulidad del matrimonio por anomalías psico-sexuales*, en *Curso de derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro*, I (Salamanca, 1975) 56.

88. A. STANKIEWICZ: *De accomodatione*, art. cit., 672, nota 88.

dendi ius ad communionem vitae coniugalis cum voluntate non perficiendi iura tradita ac non adimplendi officia suscepta, vel cum difficultatibus post celebratum matrimonium exortis» (c. di Felice, 17-1-1976, «in iure», n. 4).

2. Debe ser *grave, profunda* (c. Anné, 6-2-1973; c. Masala, 12-3-1975, n. 8; etc.). Sobre este punto insisten todas las sentencias rotales, descartando las «leves indiolis vitiositates, quae vel sint emendabiles, minime auferunt capacitatem assumendi onera coniugalia neque discretionem iudicii matrimonio proportionatam praepediunt» (c. di Felice, 17-11-1976, n. 4). Lógicamente, la gravedad de la gravedad de la causa, de modo similar al miedo, tocará apreciarla a la Jurisprudencia en el caso concreto.

3. Por el contrario, no hay unanimidad en torno a la *perpetuidad* de la «incapacitas».

a) Para una corriente rotal y científica, es necesario que la incapacidad sea *perpetua*, sin hacer ulteriores distinciones en este concepto. «Ceterum hoc quod supponitur antecedens, requiritur etiam necessario perpetuum, secus non apparet quod adsit revera incapacitas constitutionalis cum nonnisi temporanea sit haec, et exinde mere relativa, dum vere naturaliter incapax dici nequeat is, cui remanet sanationis possibilitas. Exigitur proinde ut curari nequeat, ad normam earum antecesserat S. Thomas loquens de *defectu naturae simpliciter incurabilis* (Summ. Theol. Suppl., q. 58, art. 1, in c)» (c. Pinto, 28-10-1976, n. 7; c. Pinto, 15-6-1977; c. Parisella, 23-2-1978; etc.).

En realidad, el argumento principal que se usa para motivar la necesidad del requisito de la perpetuidad de la incapacidad de asumir las cargas conyugales es el que hace referencia al impedimento de impotencia, para cuya relevancia la ley expresamente reclama la existencia de la perpetuidad⁸⁹.

b) Otra corriente rotal y doctrinal, siguiendo el proyecto *De matrimonio* que no prevé la perpetuidad de la incapacidad de asumir las obligaciones esenciales del matrimonio, afirma que *no es necesaria*: «sufficit ut haec inhabilitas tradendi ius exclusivum adsit tempore nuptiarum» (c. Anné, 17-1-1967); «nec requiritur istam incapacitatem esse perpetuam, cum afficiat ipsum consensum tempore eius elicitationis» (c. Lefebvre, 4-2-1978).

C. Gullo, después de criticar la asimilación procesal de la *incapacitas* y la *impotentia*, establece una diferencia entre la exigencia de poder asumir cargas exclusivas y perpetuas y la *perpetua* incapacidad de asumir las cargas conyugales. Para él es claro que lo que se exige por la ley es el primer aspecto y no la *perpetua* incapacidad: es decir, que el contrayente sea incapaz en el momento de prestar el consentimiento de asumir las obligaciones matrimoniales de una forma exclusiva y *perpetua*⁹⁰.

89. Can. 1068, 1.

90. "La legge canonica reputa quindi sufficiente, per riconoscere l'invalidita del contraente sia incapace di assumere oneri perpetui, senza al tempo stesso richiedere che sia perpetuamente incapace di assumere gli oneri. La perpetuità dell'incapacità dunque, lungi dall'essere un requisito essenziale per la sua rilevanza giuridica, è solo un di più... ed esattamente si è pesto l'accento sull'incapacità di assumere oneri esclusivi e perpetui, non sulla perpetua incapacità di assumere gli oneri", C. GULLO; *Inca-*

De esta misma opinión es A. Arza: para él es suficiente que la incapacidad exista en el momento de prestar el consentimiento. Se basa para ello en que el consentimiento es nulo en el momento de su prestación, por falta de objeto, y ese consentimiento ya no se puede hacer válido. La inserción de este precepto en la normativa sobre el consentimiento, ya es suficiente «par saber que esa perpetuidad no es necesaria y que en este caso no se debe recurrir a la impotencia y su normativa para poder valorar esta incapacidad, sino a la estructura y normativa del consentimiento que es a lo que se refiere y dice relación la incapacidad». Por todo ello, «deducimos que no se requiere la perpetuidad de la incapacidad, sino que basta que la incapacidad exista en el momento de la prestación del consentimiento, porque al carecer de objeto real el consentimiento es nulo y el matrimonio no puede ser válido al ser el consentimiento nulo»⁹¹.

c) Finalmente, una tercera corriente de opinión requiere la *perpetuidad jurídica*: es decir, que la incapacidad por razón de la imposibilidad de prestación del objeto debe ser ya irreversible en el momento del contrato, «ossia perpetua, che cioè non permetta neanche nel futuro di adempiere quest'obbligo di fedeltà. Infatti, l'irreversibilità postula necessariamente la perpetuitas»⁹².

Según nuestra modesta opinión, pensamos que con el hecho de su inclusión en el capítulo de los defectos o vicios de consentimiento la cuestión, procesalmente, ha quedado resuelta: no se exige la perpetuidad de la incapacidad, sino que en el momento de prestar el consentimiento la persona sea incapaz de hacerlo. Además de los argumentos anteriores, la posibilidad establecida en el Código de Derecho canónico de revalidar el matrimonio por falta de consentimiento⁹³ parece sugerir que la ley no exige la perpetuidad de dichos defectos.

b) Respecto al *tiempo* en que debe existir esta incapacidad, hay unanimidad general en admitir que, aunque la incapacidad mira hacia un desarrollo futuro del matrimonio, *debe existir en el momento de realizar el consentimiento matrimonial*:

«...concludentibus argumentis constare debet saltem tempore nuptiarum perversionem sexualem adeo gravem esse ut rectam operationem intellectus vel voluntatis praepedierit in iudicando vel eliciendo...» (c. Mazala, Lugdunen, 12-3-1975, n. 8).

«... Ad quod perficiendum perdurante vita coniugali, seu uti dicitur in matrimonio in facto esse, iam tempore manifestationis consensus, seu in matrimonio in fieri, hupturientis capaces onera coniugalia futuro tempora adimplendi esse degent... Nupturientes igitur, qui talis facultatis oblativae suiipsius pro vita coniugali tempore celebrationis matrimonii ob gravem de-

pacità perpetua di assumere gli oneri coniugali o incapacità di assumere oneri coniugali perpetui?, "Il Diritto Ecclesiastico" 89 (1978 II) 14-17.

91. A. ARZA: *Incapacidad*, art. cit., 507-9.

92. A. STANKIEWICZ: *L'incapacità*, art. cit., 70, nota 123.

93. Can. 1136, 1.

fectum psychopathicum sunt inexpertes, consensum matrimonialem tradere et accipere non valent, neque apta facultate critica perpeddere suum possunt defectum...» (c. Di Felice, 17-1-1976, «in iure», n. 2).

«Patet enim rationem haud posse haberi elementi cuiusdem subiectivi, quod promanet ex consideratione alterutrius contrahentis, et consensum uniuscuiusque considerandum esse independenter ab altero ad implendas condiciones requisitas ad matrimonii celebrationem, non autem posteriores momento istius celebrationes...» (c. Lefebvre, 31-1-1976, «in iure», n. 4).

c) Finalmente, en cuanto a las *pruebas* se insiste en una serie de puntos comunes:

— se reconoce que la prueba de la incapacidad es difícil, a no ser que se trate de graves perturbaciones de substrato psicofisiológico, como en algunos casos de homosexualidad profunda o de ninfomanía o de una perturbación paranoica...

— partiendo de los cc. 1976-1982 y de la *Provida Mater Ecclesia*, art. 139 y ss. —aún teniendo en cuenta que según el art. 154, 1 de la *Provida Mater Ecclesia* «no está el tribunal obligado a hacer suyo el juicio de los peritos aunque haya unanimidad en sus conclusiones, sino que debe también considerar con atención las demás circunstancias de la causa»— se reconoce la absoluta necesidad e importancia de los peritos, dejando, como es lógico, la decisión en manos de los jueces, para este tipo de causas: «Patet proinde requiri peritorum auxilium, quibus respondendum erit interrogationibus non, uti modo denotatum est, de capacitate eliciendi consensum aut de discretionis iudicii defectu, sed de incapacitate assumendi essentialem quandam matrimonii obligationem quae constituit elementum proprium vitii asserti...» (c. Lefebvre, 15-1-1972, n. 12; c. Serrano, 5-4-1973, n. 12; etc...).

— finalmente, se requiere una información muy exhaustiva de la vida anterior y posterior al matrimonio, de la formación, de las motivaciones... para llegar a la «enucleación de la personalidad anormal»: «Sed cateris omnibus in casibus accuratior requiritur investigatio non solum de vivendi ratione contrahentis tempore sponsalium et nuptiarum celebrationis, sed etiam de eiusdem indole, de forma mentis, deque psychica aius compagine tempore adolescentias et inventutis, necnon de eius ratione agendi in aliis vitae adiunctis, praeter consortium coniugale. Enucleatio abnormis personalitatis, uti dicitur, contrahentis —oh quam existimatur incapax sibi assumendi onera coniugalia— recte fieri nequit absque huiusmodi anamnesi valde accurata et integra, iudicio denique peritorum —non tantum psychiatrarum, sed et psychologorum— in materia proprie versatorum submittenda» (c. Lefebvre, 31-1-1976, n. 8; c. Ewers, 15-1-1977, n. 5; etc.).

4. Conclusión

A lo largo de esta exposición hemos intentado mostrar los diferentes aspectos que subyacen en el tema de la *incapacitas assumendi obligationes ma-*

trimonii essentielles. Hemos intentado realizar un balance sobre cómo está en la actualidad su desarrollo: partiendo de un análisis de la Jurisprudencia Rotal existente sobre este capítulo de nulidad, examen necesario si se quiere comprender bien el contenido de la *incapacitas*, hemos asistido a su progresiva explicitación e implantación positiva en el derecho canónico matrimonial como uno de los vicios de consentimiento.

Y, si bien en un primer momento se le negaba autonomía propia y sus cauces se reconducían a otros capítulos de nulidad, v.g., la tradicional *amentia in re uxoria* o el *defectus discretionis iudicii*, se le ha reconocido, tras sucesivas vacilaciones por parte de la Jurisprudencia, una autonomía y especificidad propia que ha tenido su refrendo oficial en la nueva codificación canónica: la *incapacitas* se refiere a aquellas personas que, sabiendo qué es el matrimonio y queriendo contraer matrimonio, son *incapaces*, valga la redundancia, de asumir el conjunto de las obligaciones conyugales porque son incapaces de cumplirlas. Se trata, por consiguiente, no de una incapacidad de prestar el consentimiento sino de una incapacidad de prestar el objeto de ese consentimiento. Hay que señalar que en su amplia evolución la atención se ha ido desplazando, progresivamente, desde las causas posibles de la incapacidad al hecho mismo de la incapacidad.

La oportunidad de la explicitación de este nuevo capítulo de nulidad queda suficientemente manifestada en el creciente número de causas matrimoniales resueltas por este capítulo⁹⁴. Gracias a él se han resuelto muchos casos dolorosos a los que no se encontraba una solución adecuada anteriormente.

Pero, a pesar de los aspectos positivos y de las posibilidades que encierra este nuevo capítulo de nulidad, ni la Jurisprudencia Rotal lo ha admitido pacífica y uniformemente ni con su inclusión en el proyecto de la nueva codificación canónica se han solucionado todos los problemas que plantea ni se han dejado de señalar los peligros del desarrollo de este capítulo de nulidad.

a) Es significativa la opinión de A. Arza, comentando la sentencia anteriormente citada de c. Pompedda, 6-10-1969: «Quizás lo más grave de esta sentencia sean las repercusiones que pueda tener en otros campos del matrimonio. Porque las conclusiones establecidas por el principio pueden ser mucho más amplias que las que establece, en concreto, esta sentencia para los homosexuales. Porque no sólo los homosexuales, sino otras muchas personas que contraen el matrimonio son incapaces de cumplir las obligaciones matrimoniales y, en consecuencia, incapaces para contraer el matrimonio»⁹⁵. Precisamente, uno de los peligros más señalados sobre esta nueva causa de nulidad es el *posible abuso* a la hora de aplicar la *incapacitas assumendi* a los posibles defectos de consentimiento: si no se delimitan con claridad sus

94. Vid. supra nota 8.

95. A. ARZA: *Los homosexuales*, art. cit., 92; M. AÍSA GOÑI: *Anomalías psíquicas*, art. cit., 238.

perfiles jurídicos, se corre el peligro de convertirla en una especie de cajón de sastre donde se incluyen todos los defectos del consentimiento.

b) De hecho, en la práctica se ha constatado que muchas veces no es fácil de resolver el dilema capacidad - incapacidad. Muchas veces es *cuestión de apreciación por parte de los jueces*: de aquí que este capítulo de nulidad sea interpretado más o menos ampliamente según los diversos tribunales de la Iglesia o los diversos jueces del mismo Tribunal. Dos grandes tendencias, en este sentido, se distinguen en su interpretación y aplicación:

1. Interpretación estricta, que amenaza con conducir a la «psiquiatrización» de la Jurisprudencia.
2. Interpretación más amplia, que a falta de poder reclamar criterios rigurosamente científicos, se funda sólo en una apreciación prudente de orden existencial⁹⁶.

c) En el fondo, se está planteando la cuestión de la *madurez exigida para contraer matrimonio*: algunos se preguntan si, con tantas exigencias y requisitos de madurez exigidos para contraer matrimonio, no estaremos reduciendo el derecho natural al matrimonio para una élite y condenando a la mayoría a la simple pareja. Porque 'si se pone come criterio della incapacità psichica la *maturità della personalità*, già oggi si può constatare con l'Allport: *Alcune persone si avvicinano alla vera maturità, ma esiste qualcuno che la raggiunge pienamente?*'⁹⁷.

Estas dificultades intrínsecas, referidas al núcleo central de este defecto de consentimiento: es decir, al concepto de capacidad, además de las dificultades procesales propias de este tipo de causas de nulidad, han hecho que todavía en algunas sentencias rotales, corriente ciertamente minoritaria en la actualidad, se adopte una postura contraria a la admisión de este capítulo de nulidad por diversas causas. Paradigma de ellas es una c. Fiore, 26-4-1977, donde se hace eco de todas estas dificultades:

- dificultad de este tipo de causas y de sus pruebas: son necesarios peritajes médicos, psicológicos, psiquiátricos, etc., y son ciencias que todavía están en un estadio de sistematización bastante inestable («in iure», n. 9).
- abusos y escándalos que se producen: «ad auferendum deprecandum arbitrium seu abusum, ex quo plena iam evenerunt scandala, unum datur remedium: a limine reiciantur e tribunalibus Ecclesiae causae propositae ob incapacitatem psychologiam sumendi onera coniugii; saltem, donec scientia psychiatria vel psychologica nobis praebeant ad rem argumenta et conclusiones certa» («in iure», n. 12).

96. "Une seule certitude: la frontière n'est pas linéaire; elle est d'une largeur extensible, à la manière d'une frange faite d'un dégradé aux multiples nuances", J. BERNHARD: *De la "praxis"*, art. cit., 142-44.

97. A. STANKIEWICZ: *L'incapacità*, art. cit., 71.

- «At, ex hoc, absurdum esset depromere nova nullitatis matrimonii capita. Quod, Sup. Tr. S. Apos. declaravit monens... Neque fas est provocare ad quamdam futuram iuris canonici evolutionem» («in iure», n. 13).
- «Quae omnia, ideo, longe abuerit a vulgata «ipervalutazione» matrimonii in facto esse uti conclamant nonnulla tribunalia, quae laborare videntur nimia indulgentia («permissivismo») erga eos, qui divortio obtento ac aliis contractis nuptiis civili ritu, benedictionem ab Ecclesia exquirunt» («in iure», n. 13)⁹⁸.

Ciertamente que la postura reflejada en ese «in iure», dicho sea con todos los respetos, no nos parece muy coherente ni la compartimos. Pero todo esto hace que sea necesario seguir reflexionando y profundizando en el concepto y desarrollo de la *incapacitas* como defecto de consentimiento, no tanto en los aspectos extrínsecos sino en los intrínsecos: es decir, en el mismo concepto de capacidad.

Porque de lo que no cabe duda es que, como ha puesto claramente de manifiesto la Jurisprudencia, para contraer matrimonio se requiere una determinada capacidad, una determinada madurez humana, etc. El problema radica, a mi modo de ver, en traducir los conceptos filosóficos y psicológicos de la capacidad a términos jurídicos. Este es el núcleo central del problema.

FEDERICO R. AZNAR GIL



98. c. FIORE, 26.4.1977, "Ephemerides Iuris Canonici" 34 (1978) 342-44.