

LA AUTONOMÍA DE LA “INCAPACIDAD DE ASUMIR LAS OBLIGACIONES ESENCIALES DEL MATRIMONIO” COMO CAPÍTULO DE NULIDAD*

Joan Carreras

Pontificia Universidad de la Santa Cruz

Sumario: 1. Una paradoja que hace pensar.– 2. Esta paradoja está en la base de algunas opiniones contrarias a la autonomía de la incapacidad de asumir las obligaciones esenciales del matrimonio.– 3. El alcance de la regla “*ad impossibilia nemo tenetur*” en el ámbito del derecho matrimonial.– 4. En qué sentido puede hablarse de autonomía de la incapacidad de asumir las obligaciones esenciales del matrimonio.

1.- Una paradoja que hace pensar.

Entre las novedades más significativas del Ordenamiento canónico surgido después del Concilio Vaticano II se cuenta el canon 1095 n. 3 CIC '83 relativo a la incapacidad de asumir las obligaciones esenciales del matrimonio por causas de naturaleza psíquica. Mientras los dos primeros números del canon 1095 tienen un origen claro en la tradición canónica, a pesar de no encontrar paralelo en el Código de 1917¹, el número 3 es una novedad absoluta no sólo en el ámbito matrimonial, sino –y es aquí donde cabe encontrar la paradoja a la que nos referimos– también en el campo mucho más amplio de la teoría general del negocio jurídico. Si se quisiera formular en positivo la norma contenida en el canon 1095, se podría señalar que para consentir en el matrimonio son necesarios no sólo el uso de razón y la discreción de juicio proporcionados, sino además la capacidad para asumir las obligaciones esenciales derivadas del pacto conyugal. Pues bien, es la formulación de esta tercera capacidad – distinta de la capacidad jurídica y de la capacidad de obrar – la que supone una

*En “Ius Canonicum” Volumen especial de Escritos en honor de Javier Hervada, pp. 779-793.

¹ La afirmación según la cual el Código piobenedictino habría contenido una laguna legal al no regular la incapacidad para el matrimonio no es correcta, puesto que en los cánones 1081 y 1082 C.I.C. 1917 – si se considera la *mens legislatoris* – se recogían respectivamente las nociones de uso de razón y de discreción de juicio. Téngase en cuenta que el concepto de discreción de juicio entonces dominante se confundía, en la práctica, con la ignorancia *in re matrimoniali*.

novedad absoluta con respecto tanto de la tradición canónica matrimonial como de la teoría general del negocio jurídico.

Acabamos de decir que se trata de una innovación absoluta, puesto que la novedad no consiste en la razón jurídica aplicada – la *regula iuris ad impossibilia nemo tenetur* –, sino en el resultado de dicha aplicación: un nuevo tipo de “incapacidad consensual” hasta este momento inexistente en la teoría general de los contratos. En efecto, las *regulae iuris*² en general, y ésta que nos ocupa en modo especial, no pueden ser elevadas al rango de principios jurídicos, sino que constituyen máximas, extraídas de la experiencia, de gran utilidad práctica. La regla “*ad impossibilia nemo tenetur*”³ o “*impossibile nulla obligatio est*”⁴, en concreto, es bien conocida en el ámbito de los contratos y fue empleada en el período clásico para resolver el difícil problema jurídico de la *impotentia coeundis*. En este campo, relativo a la incapacidad consumativa del matrimonio, los canonistas y teólogos del período clásico se encontraron ante una “especie” del ya conocido contrato inexistente por imposibilidad del objeto, ya sea por su inexistencia o por la imposibilidad moral de cumplirlo. Siendo la “consumación” del

² Sobre las *regulae iuris* cf. Barbosa, A., *De axiomatibus Juris usu frequentioribus*, axioma 118, n. 7, Lugduni 1651; Bartocetti, V., *De Regulis Juris Canonici*, Roma 1955.

³VI *Decretalium*, *De regulis iuris*, reg. 6.

⁴ D. 50, 17, 185.

⁵ Como es sabido, la impotencia copulativa no siempre ha constituido un óbice matrimonial: al menos, no lo fue para la Iglesia de Roma, durante el primer milenio. Para la tradición jurídica germánica, en cambio, la impotencia constituía un motivo de divorcio: puesto que el matrimonio se iniciaba con los esponsales, la incapacidad copulativa consentía la disolución del vínculo. En los albores del Derecho canónico clásico, la doctrina de Pedro Lombardo – que ponía en el centro del sistema el consentimiento como causa eficiente del vínculo – puso en primer plano el problema de la impotencia: tanto para el Maestro de las sentencias como para los primeros escritos de Santo Tomás, esta “imposibilidad” sólo podía repercutir sobre la invalidez del vínculo en el caso de que fuera ignorada por la otra parte. En este caso, no se trataba de una incapacidad sino más bien de un error sustancial. No obstante, en su *Quodlibetum XI*, Santo Tomás se apartó de la posición precedentemente seguida por él mismo y por Lombardo y estableció de modo terminante la razón por la que la impotencia no era una causa de disolución del vínculo, sino más bien un motivo de nulidad del consentimiento matrimonial: “Dicendum quod matrimonium est quasi quoddam pactum: nam per matrimonium unus tradit potestatem sui corporis alteri ad carnalem copulam. Constat autem quod pactum de impossibile nullum est, cum nullus possit se obligare ad impossibile. Et ideo quando aliquis se obligat per matrimonium ad carnalem copulam, si hoc sit ei impossibile, matrimonium nullum est.” (*Quodlibetum XI*, q. 9, a. 1, c.). Sobre la aplicación sucesiva de esta regla en el ámbito matrimonial, cf. Stankiewicz, A., *De accomodatione regulae “impossibilia nulla obligatio est” ad incapacitati adimplendi matrimonii obligationes*, en “*Periodica*”, 68 (1979), pp. 649-672. Para la historia del impedimento de impotencia durante el primer milenio, es útil la lectura de Esmein, A., *Le mariage en Droit canonique*, París 1935, vol. 1, pp. 259-267.

matrimonio un elemento estructural del negocio matrimonial, que constituía un signo jurídico y litúrgico-sacramental que durante milenios había formado parte de la fase nupcial, no tiene nada de sorprendente que la razón jurídica invocada en el siglo XIII fuera la contenida en la citada regla jurídica “*impossibilium nulla obligatio est*”. Quedaba así fijada la relación íntima entre el consentimiento y la cópula consumatoria del matrimonio, no en el sentido de que ésta fuese necesaria en sí misma para la validez del vínculo –lo que sería incompatible con el importante dato revelado del matrimonio de san José y de la Virgen María–, sino más bien como elemento de capacidad requerido por la naturaleza del matrimonio. Para su validez no es necesaria la consumación en sí misma, sino la capacidad subjetiva de los esposos de consumir la unión conyugal.

Salvo en ésta y otras contadas excepciones⁶, la tradición canónica se ha mostrado reacia a admitir la aplicación de esta regla al ámbito matrimonial, precisamente porque se trataba de una máxima procedente del campo de los contratos⁷. Aunque se hubiera admitido pacíficamente una cierta equiparación del matrimonio con los contratos, lo cierto es que la tradición canónica ha tratado siempre de defender la especificidad del pacto conyugal, poniendo límites a la aplicación masiva de los principios y categorías contractuales en el ámbito matrimonial⁸. No obstante, la promulgación del Código piobenedictino coincidió con un periodo en el que más que de equiparación podría hablarse de una verdadera identificación del pacto conyugal con los contratos sinalagmáticos, de forma que el objeto formal del mismo se hacía coincidir con el “*ius in corpus perpetuum et exclusivum*” (can. 1081 §2 CIC '17). La primera vez que se invocó expresamente la regla “*ad impossibilia nemo tenetur*” referida a la imposibilidad moral de entregar el objeto formal del consentimiento fue en el año 1955⁹. Dos años más tarde, una famosa sentencia c. Sabattani de 21 de junio

⁶ Sobre la aplicación de la regla “*ad impossibilia nemo tenetur*” para eximir al cónyuge de una persona leprosa del cumplimiento del débito conyugal véase, por ejemplo, Sánchez, T., *Disputationum de Sto. matrimonii sacramento*, Venetiis 1625, lib VII, disp. 97, n. 2, p. 331.

⁷ Vid. Bartocetti, V., *De Regulis...*, cit., p. 42.

⁸ Así lo entiende también Tejero, E., *Naturaleza jurídica de la incapacidad para asumir las obligaciones esenciales del matrimonio y “ius connubii”*, en “*Fidelium iura*”, 6 (1996), p. 285.

⁹ Salvo error nuestro, el primer autor que citó expresamente la mencionada regla para sostener la incapacidad consensual de las personas homosexuales fue Oesterle, G., *De relatione homosexualitatis ad matrimonium*, en “*Revista Española de Derecho Canónico*”, 10 (1955), pp. 7-66, en especial pp. 33-34, aunque ya desde los años cuarenta había sido implícitamente empleada por Jemolo, A. C., *Il matrimonio nel Diritto Canonico*, Milano 1941, p. 141 y por algunas sentencias rotales para resolver el difícil problema de la hiperestesia sexual. Cf. las sentencias

de 1957¹⁰ llegaba a definir bajo la categoría de “amencia contractual” todas las posibles perturbaciones de origen psíquico, con independencia de que afectaran al consentimiento como acto psicológico o de que impidieran más bien el cumplimiento de las obligaciones esenciales del matrimonio, convirtiendo –en este último caso– el consentimiento en un acto de voluntad ineficaz desde el punto de vista jurídico. La idea de Sabbatani fue propuesta *de lege ferenda* y desarrollada como “impotencia moral” por autores que tuvieron gran influjo en los años sucesivos al Concilio Vaticano II¹¹.

La “vida” del criterio dinámico diseñado por esta corriente doctrinal y jurisprudencial fue corta, en parte, porque no había una verdadera unidad de criterio en este punto y la jurisprudencia rotal seguía empleando las categorías tradicionales relativas al defecto de uso de razón y de discreción de juicio; en parte, porque en algunos países –como es ya suficientemente conocido– el citado criterio dinámico fue empleado hasta el abuso y el escándalo, motivando respuestas oficiales de la Santa Sede y un cambio de ruta de la mayor parte de la doctrina hacia la inclusión de la “*incapacitas assumendi*” en el ámbito del *defectus consensus* y no en el impedimento de *impotentia moralis*; en parte, también, porque ya desde las primeras reuniones de la Comisión para la revisión del Código se planteó la figura de la incapacidad de asumir como defecto del consentimiento¹². En todo caso, la mayor parte de la doctrina –salvo

correspondientes a tres turnos rotales sobre un mismo caso: c. Teodori, 19 enero 1940, en RRD, vol. 32, p. 83, c. Heard, 5 junio 1941, en RRD, vol. 33, pp. 488-502, c. Jullien, 16 octubre 1942, en RRD, vol. 33, pp. 775-778.

¹⁰ En RRD, vol. 53, pp. 116-132. En este momento, verdaderamente crucial en la historia de este capítulo de nulidad, el ponente mantenía la existencia de una única norma general de incapacidad, que podría llamarse indiferentemente “amencia contractual” o “defecto de discreción de juicio” (“*unica mensura sufficientis consensus est discretio iudicii matrimonio proportionata*” *Ibidem*, p. 118, n. 4) pero que contendría en sí lo que hoy constituyen los tres capítulos de nulidad contemplados en el canon 1095. La elaboración de este criterio dinámico de incapacidad lo hemos estudiado detenidamente en Carreras, J., *L’antropologia e le norme di capacità per celebrare il matrimonio (I precedenti remoti del canone 1095 CIC ’83)*, en “*Ius Ecclesiae*”, 4 (1992), pp. 104-109.

¹¹ Cabe destacar las obras de Huizing, Keating, Tobin: Huizing, P., *Schema de matrimonio*, Roma, 1963, p. 346; Keating, J.R., *The Bearing of Mental Impairment on the Validity of Marriage*, Romae 1964; Tobin, W., *Homosexuality and Marriage*, Roma 1964, pp. 277-278. En 1967, se publicaba un artículo de Sabbatani, A., *L’evolution de la jurisprudence dans les causes de nullité de mariage pour incapacité*, en “*Studia canonica*”, 2 (1967) pp. 143-161, en el que el autor explica cómo llegó a la formulación del criterio dinámico de la “amencia contractual”.

¹² Una excelente explicación de cómo se llegó a la actual configuración del canon se puede encontrar en Navarrete, U., “*Incapacitas assumendi onera*” *uti caput autonomum nullitatis matrimonii*, en “*Periodica*”, 61 (1972), pp. 47-88.

los contados autores a los que haremos mención en el próximo epígrafe– ha valorado positivamente la inclusión de esta “novedosa figura” entre los capítulos de nulidad del Ordenamiento matrimonial canónico.

Este breve recorrido por la historia del canon 1095 n. 3 es necesario para entender la paradoja a que aludíamos al principio de estas líneas, al señalar y explicar en qué sentido la figura de la incapacidad de asumir es absolutamente nueva. La paradoja estriba en el hecho de que *habiendo sido aplicada al pacto matrimonial una regla que pertenece a la experiencia jurídica de los contratos sinalagmáticos, tal aplicación haya producido una figura jurídica que “paradójicamente” no encuentra parangón ni en la teoría general de los contratos ni en los ordenamientos estatales en los que el matrimonio sigue siendo considerado un tipo de contrato sinalagmático*. Se trata de una paradoja “que debe hacer pensar”, antes de admitir acríticamente la total autonomía de este capítulo de nulidad.

2.- Esta paradoja está en la base de algunas opiniones contrarias a la autonomía de la incapacidad de asumir las obligaciones esenciales del matrimonio.

Esta “paradoja” fue denunciada por autores tan distintos entre sí como Bernhard y Hervada. El primero de ellos escribió en 1975 estas líneas que nos permitimos traducir libremente: “Independientemente del hecho de que en el Derecho canónico no pueda existir una diferencia fundamental entre el consentimiento psicológicamente suficiente y el consentimiento jurídicamente eficaz, se puede preguntar si, llegados a este punto, es legítimo trasladar los principios del derecho contractual a la realidad mucho más compleja del consentimiento matrimonial”¹³. El autor francés era contrario a la figura de la “incapacidad de asumir” –que en aquellos años era más conocida como impotencia o incapacidad moral– no tanto porque a ella se llegase mediante la aplicación de los principios contractuales, sino sobre todo porque en las hipótesis en las que se declaraba la nulidad por este capítulo se “pronunciaba una mentira”, puesto que entre disolución del vínculo y nulidad existiría sólo una diferencia formal¹⁴. En definitiva, a Bernhard le parecía mucho más lógico aplicar una de las

¹³ Bernhard, J., *Reflexion critique sur l'incapacité morale. Incapacité ou non-consommation existentielle du mariage*, en “Revue Droit Canonique”, 25 (1975), pp. 277-278.

¹⁴ El autor reproduce (*ibidem*, pp. 284-285) un texto de Bertolus, J.R., *Les problèmes du choix du conjoint. Les conflits et les causes de rupture du lien matrimonial*, en “Le lien matrimonial” “Revue Droit Canonique”, 21 (1971), p. 48: “En primer lugar, la declaración de nulidad permite suponer que no ha existido jamás el matrimonio, lo cual en el plano de la realidad es falso. No existe el derecho de ‘reducir a la nada’ de un solo golpe dos, tres, cinco o diez años de una existencia. Independientemente de los fracasos y de sus causas ¿es posible afirmar que la relación conyugal

formas legítimas de disolución del vínculo aceptadas por el ordenamiento canónico –la dispensa *super rato et non consummato*–, aunque para ello hubiera que modificar sustancialmente el concepto de consumación del matrimonio, que a partir de aquel momento debería ser interpretado en sentido “existencial” y no biológico.

Desde presupuestos y perspectivas muy distantes a la del autor francés, Hervada llegaba también a la conclusión de que detrás del nuevo capítulo de nulidad existía, de una parte, una insuficiente comprensión de lo que significa la discreción de juicio para el matrimonio, de otra, una forma subrepticia de introducir el divorcio vincular bajo el camuflaje de una norma de incapacidad consensual¹⁵. En efecto, muchas de las anomalías psíquicas que estaban en el origen histórico de este nuevo capítulo de nulidad podrían ser subsumidas en el defecto de discreción de juicio, si éste se entendiera bien, es decir, como ejercicio del intelecto práctico y no como mero conocimiento teórico del matrimonio. En muchos otros casos, el problema no estaría ni en la anomalía psíquica ni en el concepto de discreción de juicio empleado, sino más bien en la idea de matrimonio que está en la base de muchas declaraciones de nulidad que se han pronunciado en los tribunales eclesiásticos por este capítulo¹⁶. Bernhard y Hervada están de acuerdo en que detrás del nuevo capítulo de nulidad existe la imposibilidad –sólo aparente para el primero, real para el segundo– de disolver el matrimonio. Porque es precisamente a la disolución o divorcio vincular a donde conduciría lógicamente la aplicación de las normas contractuales a la materia

que se acaba no ha sido jamás una verdadera relación? (.../...) Hay aquí como una mentira que vive en el corazón de la declaración de nulidad”.

¹⁵ Hervada, J., *Esencia del matrimonio y consentimiento matrimonial*, en “Persona y Derecho”, 9 (1982), pp. 161-166. El mismo artículo, aunque con modificaciones importantes, fue publicado bajo el título “Relección sobre la esencia del matrimonio y el consentimiento matrimonial” en AA.VV., *Diritto, persona e vita sociale. Scritti in memoria di Orio Giacchi*, (Milano 1984), pp. 480-488 y recogido más tarde en Hervada, J., *Vetera et Nova Cuestiones de Derecho Canónico y afines (1958-1991)*, vol. II, Pamplona 1991, pp. 931-945.

¹⁶ Hervada, J., *Esencia...*, cit., p. 163: “El resto de las presuntas incapacidades enunciadas –que forman el segundo grupo aludido– provendrían de anomalías que, al dificultar para la plena y madura integración de ambos esposos, viciarían de raíz, haciéndolo nulo, el acto de consentir. Es claro que tales teorías provienen de situar el núcleo fundamental del matrimonio en su devenir histórico. El matrimonio, más que en su unidad establecida, sería un continuo hacerse; antes que naturaleza sería historia, antes que esencia sería existencia. Estamos, pues, frente a una concepción del matrimonio antitética a la que hemos expuesto y defendido; aquí el diálogo es inútil establecerlo en el tema de la capacidad, porque su lugar oportuno es la noción misma de matrimonio”. Esta misma idea ha sido desarrollada en una contribución de Héctor Franceschi publicada en este mismo volumen en homenaje al profesor Javier Hervada.

matrimonial. Por esa razón –y así se explica la paradoja– en el ámbito de los contratos no es necesaria una capacidad para asumir las obligaciones derivadas del contrato. Los contratos son válidos mientras vivan y sirvan de utilidad a los contrayentes: cuando tal utilidad desaparece, entonces existe la figura de la disolución del vínculo. Al no ser admitida la posibilidad del divorcio en el derecho matrimonial canónico, entonces –y sólo entonces– se ha pensado en la figura de la incapacidad de asumir. Eso significa que la figura de que nos ocupamos pertenece a una lógica o mentalidad divorcista implícita, cuya legitimidad en el ordenamiento tiene que ser puesta en duda.

Por otro lado, cabe señalar que en los Ordenamientos matrimoniales estatales esta figura no ha encontrado acogida, muy probablemente porque allí donde existe o se reconoce la posibilidad del divorcio vincular no tiene sentido plantearse la nulidad por incapacidad de asumir. Con ello no queremos animar a nadie a propugnar que este capítulo de nulidad encuentre un lugar en los modernos ordenamientos contemporáneos¹⁷, sino más bien limitar nuestra atención a completar la paradoja, la cual encuentra su razón de ser en la mentalidad divorcista: allí donde la lógica del divorcio puede desplegarse normalmente, no puede plantearse ninguna cuestión relativa a la incapacidad de asumir las obligaciones esenciales del matrimonio.

Los autores que recientemente han puesto en duda de modo más radical la autonomía de la incapacidad de asumir son Errázuriz y Tejero. Ambos autores coinciden en algunas de las razones por las que el tema de la autonomía del canon 1095 n. 3 no puede considerarse resuelto. Sin ánimo de exponer de modo exhaustivo el pensamiento de estos autores, las principales razones que conducirían a la negación de la autonomía del n. 3 del canon 1095 CIC '83 serían las siguientes:

a) En primer lugar, debe ser puesta en duda la aplicabilidad de la *regula iuris ad impossibilia nemo tenetur*, tanto porque no había sido invocada por la tradición canónica como por el hecho de que se trata de una regla de experiencia que –procediendo del ámbito de los contratos sinalagmáticos– parece inadecuada para el matrimonio¹⁸.

¹⁷ Errázuriz M., C.J., *Riflessioni sulla capacità consensuale nel matrimonio canonico*, en “Ius Ecclesiae”, 6 (1994), pp. 463-464 indica las dificultades y peligros que comportaría la inclusión de esta figura en las legislaciones civiles, si se tienen en cuenta los abusos que se producen en el ámbito canónico a pesar de la mejor preparación de los jueces eclesiásticos para valorar la verdad del consentimiento.

¹⁸ *Ibidem*, p. 459; Tejero, E., *Naturaleza jurídica...*, cit., pp. 284-293.

b) En segundo lugar, el punto focal de todo el ordenamiento matrimonial canónico es el pacto conyugal y no la vida conyugal¹⁹, de ahí que la misma formulación del canon 1095 n. 3 se presta a una aplicación abusiva. “Aunque lógicamente a la hora de valorar la capacidad matrimonial haya que tener en cuenta toda la biografía de la persona –y en especial el desarrollo de la vida de relación con la otra persona a la que se ha unido–, es necesario evitar atentamente el riesgo de transformar el éxito o el fracaso de la unión en criterio de validez o nulidad del pacto”²⁰. También Hervada había señalado el requisito de la “actualidad” para que pueda hablarse de incapacidad, no sólo en el sentido de que ésta “se posea en el momento de contraer, sino también que se trate de una capacidad para el acto de contraer, no de una capacidad para el estado matrimonial”²¹. Detrás de esta afirmación, compartida por los autores referidos, se encuentra un modo al mismo tiempo realista y personalista de concebir el objeto del consentimiento matrimonial, que no consiste en un conjunto de prestaciones a que los esposos se han obligado en el pacto conyugal, sino en la misma relación conyugal que sólo puede ser constituida por ellos si se dan y aceptan mutuamente “en su conyugalidad”²².

c) Los supuestos de anomalías psíquicas que generalmente se incluyen en el capítulo de la incapacidad de asumir las obligaciones constituyen también hipótesis de falta de discreción de juicio, si ésta se entiende correctamente²³.

d) Por último, señala Errázuriz, “llevando las hipótesis del n. 3 al campo propio del n. 2 del canon 1095, se eliminarían en la raíz los diversos problemas todavía abiertos acerca de la interpretación del n. 3”²⁴.

¹⁹ Errázuriz M., C.J., *Riflessioni...*, cit., p. 460; Tejero, E., *Naturaleza jurídica...*, cit., pp. 293-323.

²⁰ Errázuriz M., C.J., *ibidem*.

²¹ Hervada, J., *Esencia...*, cit., p. 162.

²² Cf. Errázuriz M., C. J., *El matrimonio como conjunción entre amor y derecho en una óptica realista y personalista*, en “Scripta Theologica”, 26 (1994), pp. 1021-1037.

²³ Errázuriz M., C.J., *Riflessioni...*, cit., 461: “Insisto nuevamente sobre el hecho de que las precedentes consideraciones no quieren significar que no existan casos reales de nulidad reconducibles a los supuestos de hecho que trata el canon 1095 n. 3. Sin embargo, pienso que aquéllos pueden ser perfectamente encuadrables en el n. 2, si éste se interpreta de tal modo que se tengan en cuenta los presupuestos psicossomáticos de la decisión matrimonial, que son *conditio sine qua non* para la misma existencia de tal decisión”. La noción de discreción de juicio ha sido estudiada de modo particular por Tejero, E., *La discreción de juicio para consentir en matrimonio*, en “Ius Canonicum”, 22 (1982), pp. 403-535.

²⁴ Errázuriz M., C.J., *Riflessioni...*, cit., p. 462.

Como veremos enseguida todo el problema se centra en la naturaleza jurídica del matrimonio y en el alcance que pueda tener la mencionada regla jurídica en el ámbito del derecho matrimonial.

3.- El alcance de la regla “ad impossibilia nemo tenetur” en el ámbito del derecho matrimonial.

En su ponencia presentada en el X Congreso Internacional de Derecho Canónico que tuvo lugar en Pamplona en septiembre de 1998, mons. Stankiewicz sostenía que en la actualidad “parece prevalecer la opinión de que en el fundamento de la capacidad de asumir las obligaciones esenciales del matrimonio esté la posibilidad originaria de la prestación de éstas, es decir, de su cumplimiento, siempre que esté presente en el momento de la conclusión del pacto conyugal. Por lo demás, ésta fue en el período de codificación la *ratio iuris* de la incapacidad de asumir las obligaciones, proyectada con apoyo en la imposibilidad originaria del cumplimiento, o más precisamente, en la indisponibilidad respecto al objeto formal del consentimiento, es decir, al ‘*obiectum consensus implendi*’ (*Communicationes*, 3 (1971), p. 77), según el principio considerado de derecho natural, implícito en la *regula iuris* ‘*nemo potest ad impossibile obligari*’ (reg. 6, R.J., in VI^o)”²⁵. El juez rotal parece mostrar una cierta vacilación, al señalar que se trataría de “una opinión prevalente”²⁶.

Parece evidente que todo el problema de la autonomía de la incapacidad de asumir las obligaciones radica, al fin y al cabo, en la legitimidad con que pueda ser aplicada la tantas veces citada regla jurídica. Quienes niegan la autonomía, sostienen que tal aplicación es injustificada porque el matrimonio no tiene naturaleza contractual; quienes sostienen la autonomía de la incapacidad, la justifican en atención a la naturaleza pacticia del matrimonio. Los primeros tienen a su favor que la tradición canónica había evitado siempre el empleo de una máxima que tendría su ámbito de aplicación entre los contratos; los segundos, en cambio, hacen hincapié en el hecho de que esa misma tradición –y la lista se abre nada menos que con el nombre de santo

²⁵ Stankiewicz, A., *La capacità richiesta per la validità del consenso y la sua mancanza*, en ponencia presentada el 16 de septiembre en el X Congreso Internacional de Derecho Canónico, “El matrimonio y su expresión canónica ante el III Milenio”, *pro manuscripto*, §6.3, p. 20.

²⁶ En un artículo de 1997, el mismo autor no tenía ninguna duda en fundamentar la autonomía en la citada regla: cf. Stankiewicz, A., *L’incapacità di assumere e adempiere gli obblighi coniugali essenziali*, en AA.VV., “L’incapacità di assumere gli oneri essenziali del matrimonio”. *Atti del XXIX Congresso Nazionale di Diritto Canonico. Orvieto 8-11 settembre 1997, Città del Vaticano 1998*, pp. 63-64.

Tomás de Aquino– ha fundamentado el impedimento de impotencia precisamente en el principio según el cual “el pacto de lo imposible es nulo”.

El problema, por lo tanto y en última instancia, se reduce a la naturaleza del matrimonio: siendo un pacto jurídico, en el que dos voluntades singulares se convierten en una sola voluntad, expresada en el signo nupcial del pacto, parece claro que está también sometido al principio general en cuya virtud no puede existir un vínculo jurídico que liga a dos personas al cumplimiento de unas prestaciones que son imposibles ya en el mismo momento de la conclusión del pacto. Este era el sentido con el que san Tomás de Aquino admitió la razón jurídica de la impotencia copulativa: mediante esta regla jurídica –que él aplicaba como principio relativo a todo pacto consensual, trascendiendo así el ámbito de los contratos– quedaban unidas y salvaguardadas dos piezas del sistema matrimonial canónico que corrían el riesgo de ser mal entendidas, toda vez que lo fueran de modo aislado y no como realidades correlativas. El consentimiento es un acto jurídico bilateral que tiene contenidos naturales específicos, no disponibles por la voluntad de las partes. Estos contenidos quedaban significados y salvaguardados a través de la *potestas ad copulam* transmitida recíprocamente entre los esposos. La cópula (consumatoria), a su vez, es la expresión del consentimiento: en sí misma no es necesaria –en el sentido de que pueden existir razones que legitimen una decisión común de no consumar el matrimonio–, pero en todo caso debe estar contenida en la *potestas* que se intercambian los esposos. Tanto en el caso de que el contrayente carezca de dicha potestad, por impotencia, como cuando excluya positivamente el orden objetivo del matrimonio, el pacto conyugal sería nulo.

A nuestro entender, santo Tomás no pretendía convertir la cópula consumatoria en objeto del consentimiento, sino ligar ésta al consentimiento de forma indisoluble, de modo que ambas realidades –consentimiento y consumación– tuvieran que entenderse como signos y momentos de una misma realidad: la entrega de las personas para constituir la *una caro*.

En resumidas cuentas, si el consentimiento matrimonial es un pacto, cae necesariamente bajo el principio según el cual debe tener un objeto posible, puesto que la imposibilidad del objeto lo convertiría en un pacto nulo. Desde el momento en que, con mayor o menor acierto, la *potestas ad copulam* pasó a constituir un elemento específico y aparentemente bien definido del objeto esencial del consentimiento, la *regula iuris* pasaba a ocupar un puesto de relieve en el sistema.

La equívoca posición de esta regla jurídica en el interior del sistema matrimonial canónico deriva del diferente modo de entender el objeto del consentimiento: si se entiende como una realidad “de presente” o actual, es decir, un vínculo²⁷ o relación jurídica, entonces el consentimiento conyugal mantiene su especificidad. No le pueden ser aplicadas las reglas de los contratos, porque en él los esposos no se intercambian ningún género de utilidades. El consentimiento empieza y termina en ellos, porque dándose y entregándose mutuamente transforman ontológicamente su ser personal, convirtiéndose en “cónyuges”, es decir, viéndose recíprocamente transfigurados. La impotencia copulativa entraba en esta dinámica interpretativa, al ser considerada una incapacidad específica que impide el “conocimiento” recíproco de los esposos, en cuanto *una caro*.

Sin embargo, el consentimiento puede ser también entendido como un acto en el que los esposos “abrazan” el estado de vida conyugal: el vínculo entonces no les liga en una dimensión ontológica de sus personas, sino que el puente de la unión está constituido por las prestaciones o “utilidades” que mutuamente se intercambian en el pacto conyugal. Si el consentimiento matrimonial fuera de esta naturaleza, entonces estaríamos ante un contrato sinalagmático: esto es lo que la tradición canónica ha querido evitar, al sostener que la *regula iuris* “*ad impossibilia nemo tenetur*” es inadecuada al matrimonio. Desafortunadamente, desde la primera mitad de siglo la mayor parte de la canonística ha sido de signo marcadamente contractualista. He aquí cómo se expresaba en los años cuarenta un maestro canonista que tuvo gran influjo en este tema: “el consentimiento al vínculo matrimonial es (para utilizar una clásica expresión tomista) un *consensus in futurum* y, al mismo tiempo, es un consentimiento dirigido a la asunción de un *status* nuevo y de toda una serie gravísima de obligaciones a él inherentes”²⁸. Esta visión contractualista radical –en el sentido de que se subraya el concepto de “cumplimiento de prestaciones” o “sinalagma”– pervive en una gran

²⁷ Pompedda, M.F., *Studi di diritto matrimoniale canonico*, Milano 1993, p. 483 señalaba que aunque el término de comparación de la incapacidad sea el matrimonio, èste “lo tenemos que entender en su esencia jurídica, es decir, constituido por el vínculo conyugal...”.

²⁸ D’Avack, P.A., *Sul “defectus discretionis iudicii” nel Diritto matrimoniale canonico*, in “Archivio di Diritto Ecclesiastico” (1940), p. 175. En numerosas sentencias rotales de este periodo se llegaba a afirmar que el consentimiento matrimonial requiere una capacidad mayor que la que se necesita para establecer otros contratos: la atención para medir la capacidad caía ya en la gravedad de las obligaciones que deben ser asumidas: cf. al respecto Stankiewicz, A., *L’incapacità psichica nel matrimonio: terminologia, criteri*, en “Apollinaris”, 53 (1980), p. 64; Tejero, E., *La discreción de juicio...*, cit., pp. 466-67.

mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia de signo “iuspersonalista”, para quienes el objeto formal del consentimiento es el *ius ad communitatem vitae*²⁹.

Es necesario precisar enseguida que el hecho de que el consentimiento tenga por objeto una realidad de presente –el vínculo o relación conyugal– no significa que no esté orientado hacia el futuro. Quizá pueda servir un ejemplo tomado de otra relación familiar –la paterno-filial–. Cuando dos esposos deciden adoptar³⁰ un hijo, la relación paterna es creada en unidad de acto por el consentimiento conjunto de los esposos en virtud del cual ellos se convierten en padres y el niño recibe la identidad filial. El consentimiento está dirigido a crear la relación, la cual –a su vez– está llamada a desarrollarse y a crecer, mediante dinamismos a ella inherentes y que tienen carácter intrínsecamente jurídico. También aquí la voluntad de los padres mira al futuro, pero a través de un acto de naturaleza fundacional, que es un acto de presente y para el que se requiere una capacidad “actual”, en el sentido en que –como hemos visto antes– hablaba Hervada

Nos parece, después de lo dicho, que la regla jurídica *ad impossibilia nemo tenetur* tiene una función muy limitada en el ordenamiento jurídico, pues la imposibilidad no se refiere a las prestaciones o utilidades futuras –que no son objeto del consentimiento– sino a la relación conyugal, mediante cuyo desarrollo se conseguirán habitualmente aquellas prestaciones. “A diferencia de ‘cumplir’ o ‘realizar’, que son términos equívocos –señala Viladrich– asumir es una acción libre y racional de presente: el futuro es anticipado en potencia y sobre esta potencia el sujeto compromete su intento de realización como intento obligado en justicia para siempre”³¹. Cualquier aplicación de la citada regla fuera del ámbito del presente o de

²⁹ Para un análisis de esta posición “iuspersonalista”, comparándola con la doctrina de Javier Hervada, véase Carreras, J., *Il bonum coniugum e l’oggetto del consenso matrimoniale*, en “*Ius Ecclesiae*”, 6 (1994), pp. 119-126.

³⁰ Elegimos la relación surgida por la adopción, porque en ella es más evidente la importancia del consentimiento como causa de la relación: lo mismo se podría decir de la relación paterno-filial normal, pero en ese caso la causalidad del consentimiento necesita ser “explicada” porque aparece escondida por la aparente mecanicidad de la paternidad biológica. Al respecto, cf. Carreras, J., *Las bodas: sexo, fiesta y derecho*, Madrid 1998, pp. 177-190.

³¹ Viladrich, P.J., *Comentario al canon 1095 CIC ’83*, en aa.vv., “Comentario exegético al Código de derecho canónico”. Obra coordinada y dirigida y por A. Marzoa, J. Miras y R. Rodríguez-Ocaña, vol. III, Pamplona 1996, p. 1228. Como veremos más detenidamente en el próximo epígrafe, Viladrich realiza un comentario muy “pegado” a la normativa codicial. Aunque admite la aplicación de la regla *ad impossibilia nemo tenetur*, nos parece que establece las necesarias limitaciones para que su uso no pueda ser llevado hasta posiciones de naturaleza contractualista, utilitarista: “La acción de asumir es una acción conjunta intelectual y volitiva del sujeto, regida por el principio general

la capacidad actual, convirtiendo las prestaciones en objeto del consentimiento, en nuestra opinión debería considerarse espuria e ilegítima, contraria a la tradición canónica por revelar una mentalidad o lógica divorcista.

En el fondo, las diversas limitaciones puestas por el legislador, por la doctrina y por la jurisprudencia a la aplicación de la regla *ad impossibilia nemo tenetur* muestran la inadecuación de la misma como criterio de capacidad. Es sabido que, siendo una regla que pertenece a la misma realidad pacticia y no sólo a los contratos sinalagmáticos, los supuestos en los que ésta se aplica deberían ser totalmente excepcionales como ocurre en el ámbito civil³², tanto que se puede cuestionar la utilidad del n. 3 del canon 1095 CIC '83. En efecto, al subrayar que las causas de la incapacidad tienen que tener naturaleza psíquica³³ y que se debe excluir la incapacidad en sentido objetivo³⁴ parece que se quieren encauzar las aguas dentro de los márgenes tradicionales. Cabe observar, en efecto, que buena parte de la doctrina y de la jurisprudencia canónicas han sido conscientes de los límites, problemas y riesgos que presentaría una radical autonomía del n. 3 del canon 1095 CIC '83. Los intentos más destacados han consistido en el reconducir la interpretación y la aplicación de la norma al ámbito de la incapacidad consensual, evitando decididamente todas las conexiones perturbadoras derivadas de su origen histórico, que –como hemos dicho– estaba ligado al impedimento de impotencia y a la regla jurídica *ad impossibilia nemo tenetur*: así, por ejemplo y en modo especial, la tendencia a admitir una incapacidad consensual

según el cual nadie está obligado ni puede obligarse a lo imposible: ‘*nemo obligare se potest ad id quod non est in sua potestate*’, ‘*nemo ad impossibilia tenetur*’. Esta imposibilidad no es de orden metafísico, sino de naturaleza moral y en nuestro caso hace referencia a *aquel obligarse aquí y ahora* sobre aquellos actos y comportamientos conyugales que excede el poder de gobierno habitual que el sujeto tiene sobre su proyección obligacional de sí y de sus actos hacia el futuro” (*Ibidem*). En otro momento, el autor señala que “asumir hace referencia a la capacidad habitual y volitiva de constituir la ordenación hacia los fines como dinámica obligada en justicia. En modo alguno significa la obligación de obtener efectivamente los resultados de la dinámica del matrimonio hacia sus fines” (*Ibidem*, p. 1227).

³² Tejero, E., *Naturaleza jurídica...*, cit., pp. 284-293 analiza en profundidad los límites con que viene aplicada esta regla en el ámbito secular.

³³ Es, en efecto, significativo que el canon 1095 n. 3 haya mantenido esta indicación a las “*causas naturae psychicae*” y más aún que en su célebre alocución del año 1987 a la Rota Romana, el Romano Pontífice hubiera subrayado el origen de la incapacidad en una anomalía que, con independencia de su formulación, “debe afectar la capacidad de entender y de querer del contrayente”. Al respecto, puede verse el documentado estudio de Bianchi, P., *Le cause “naturae psychicae” dell’incapacità*, en AA.VV., “*L’incapacità di assumere...*”, cit., pp. 137-157, especialmente 144-145.

³⁴ Véase al respecto Stankiewicz, A., *L’incapacità di assumere e di adempiere...*, cit., p. 64.

relativa al otro contrayente, lo cual sería posible sólo si cupiera encontrar la *ratio iuridica* de la incapacidad de asumir en la tantas veces citada *regula iuris*³⁵.

De este modo, al radicalizarse la interpretación doctrinal que separa la incapacidad de asumir del ámbito del impedimento de impotencia puede parecer que se reafirme la autonomía del n. 3, sin embargo, de este modo, dicho canon se aleja también de la regla jurídica *ad impossibilia nemo tenetur* que históricamente ha servido para fundamentar ambos capítulos de nulidad. Así queda replanteada de nuevo la cuestión de la autonomía de la incapacidad de asumir.

4.- En qué sentido puede hablarse de autonomía de la incapacidad de asumir las obligaciones esenciales del matrimonio.

A nuestro entender, el problema de la autonomía del n. 3 del canon 1095 no tiene solución lógica posible si se trata de interpretar la norma teniendo en cuenta su génesis histórica: las limitaciones conceptuales de la jurisprudencia y de la doctrina –es decir, el exacerbado contractualismo y la noción muy restringida de la discreción de juicio– explican que se hiciera recurso a la tantas veces citada regla jurídica, abriendo una brecha a la comprensión utilitarista del matrimonio. Visto el problema desde una perspectiva fundamental, habría que rechazar la autonomía del canon 1095 n. 3 CIC

Entre los autores que hemos visto niegan la autonomía del n. 3 del canon 1095 parece latir una actitud prevalentemente negativa, tendente no sólo a limitar los abusos prácticos que se hacen de la norma canónica, sino también a cancelar la aplicación misma de ella. En cierto sentido, si se demuestra que su origen histórico es espurio, parecería que el intérprete y, en su caso, el juez deberían prescindir de la existencia de dicho número, considerándolo totalmente superfluo y sin apoyo en el Derecho natural. En nuestra opinión, las críticas de los autores a la autonomía de la incapacidad de asumir son certeras y deben contribuir a interpretar en sus justos límites el alcance del canon, evitando los abusos y las aplicaciones que responden a una mentalidad utilitarista y encubiertamente divorcista. Ello no obstante, hay que convenir en la necesidad de aceptar la disposición contenida en el canon 1095 como

³⁵ La extensión del impedimento de impotencia y su *ratio iuridica* al cumplimiento de las obligaciones supone una comprensión historicista y existencialista del vínculo conyugal, lo cual –como señalaba Hervada– plantea el problema no tanto en el ámbito de la capacidad, sino en el de la esencia del matrimonio. Recientemente, Franceschi, H., *L'incapacità relativa. Status quaestionis e prospettiva antropologico-giuridica*, en AA.VV., “L'incapacità di assumere...”, cit., pp. 101-135 ha puesto de relieve cómo detrás de la teoría de la incapacidad relativa laten tanto la comprensión del matrimonio cual relación existencial, sin apoyo en la naturaleza de la conyugalidad, como la aplicación a la incapacidad de los esquemas de la impotencia.

una norma jurídico-canónica que debe prestar una importante función en el conjunto del ordenamiento matrimonial canónico. Con otras palabras, el origen espurio de la incapacidad de asumir y el hecho de que haya surgido en un momento de particular confusión doctrinal en la doctrina y en la jurisprudencia rotales –que habían apartado y desechado los criterios de la tradición canónica³⁶– no deben conducir a una actitud de rechazo del canon.

Entre las recientes interpretaciones doctrinales del canon 1095 CIC '83 merece una especial atención la efectuada por Pedro Juan Viladrich, entre otras razones, porque logra efectuar una interpretación armónica de los tres números del canon 1095, prescindiendo de las razones históricas que están en la base y en el origen de dicha triple distinción. El autor tiene como mira la interpretación funcional o sistemática, es decir, la que atribuye a los distintos números del canon la función que parecen tener tomando en consideración el conjunto del sistema matrimonial canónico.

Aunque aparentemente admita la autonomía de la incapacidad de asumir las obligaciones, en nuestra opinión, Viladrich es en realidad partidario de la comprensión unitaria tanto de la capacidad en positivo –es ésta una de las claves de todo el comentario³⁷– como de la incapacidad. La noción de capacidad además de positiva es unitaria en el sentido de que late en el entero canon 1095 –que fija en negativo los tres criterios de incapacidad consensual– y permite “la interrelación de este precepto con el can. 1104, con el can. 1057, que es clave para la voluntariedad del consentimiento, y con el can. 1055, que lo es para determinar con precisión el objeto

³⁶ Cabe observar, no obstante, que el rechazo del criterio tradicional de la pubertad estaba en parte justificado por el hecho de que en la época de la promulgación del Código de Derecho canónico de 1917 la noción de discreción de juicio era absolutamente insuficiente para hacer frente a los problemas que se presentaron en los tribunales eclesiásticos en la primera mitad de siglo y que exigían de los jueces una mayor formación y conocimiento del proceso psicológico de formación de la voluntad consensual y de la parte que la afectividad corre en dicho proceso. Sobre estas cuestiones, permítasenos remitir a nuestro ya citado artículo *La antropología y las normas de capacidad para celebrar el matrimonio*, cit., pp. 79-150.

³⁷ Una de las ideas centrales del comentario consiste en el centrar la noción de capacidad para el matrimonio, como una realidad positiva a la que se debe acceder desde la contemplación de la verdad del matrimonio y de la persona humana, partiendo de presupuestos antropológicos compatibles con la revelación de la verdad del principio (cf. *Mt*, 19, 5). Para Viladrich, “la capacidad consensual es aquel grado de posesión de sí y de los propios actos proporcionado para dotar al acto de contraer matrimonio de aquella libre voluntariedad racional que requiere la donación y aceptación recíprocas de sí, en cuanto varón o mujer, dirigida a constituir un consorcio de toda la vida ordenado al bien conyugal y a la procreación y educación de los hijos” (Viladrich, P.J., *Comentario al canon 1095...*, cit., p. 1216).

del acto de consentir que es el matrimonio en su estructura esencial: causa, esencia, propiedades y fines”³⁸.

“El legislador –señala Viladrich en un pasaje clarificador– ha pretendido en el texto del can. 1095, establecer una categoría conceptual unitaria, la capacidad consensual, que sirva de fundamento común subyacente a las diferencias entre la carencia de uso de razón, el grave defecto de discreción de juicio y la imposibilidad de asumir los deberes conyugales esenciales. La existencia conceptual y la utilización exegética de esta pieza común es decisiva para evitar los graves errores que se derivarían de suponer que el can. 1095 establece tres incapacidades para el matrimonio”³⁹. Hay sólo una incapacidad, pero tres criterios o “tipos legales” para medirla.

Aunque pudiese parecer de otro modo, Viladrich interpreta el n. 3 del can. 1095 en modo radicalmente distinto al que buena parte de la doctrina y de la jurisprudencia está acostumbrada. Para él, la capacidad es –como para Hervada– “actual”, de presente; el objeto del consentimiento no son las prestaciones futuras, sino la instauración del vínculo que está dinámicamente proyectado hacia el futuro. Así se desprende de estas palabras: “A diferencia de ‘cumplir’ o ‘realizar’, que son términos equívocos, asumir es una acción libre y racional de presente: el futuro es anticipado en potencia y sobre esta potencia el sujeto compromete su intento de realización, como intento obligado en justicia para siempre. En este sentido, tanto el deber jurídico de intentar la realización de la ordenación de la vida matrimonial hacia sus fines objetivos mediante los actos y comportamientos aptos y necesarios, cuanto la previsión potencial de este futuro de vida conyugal, *han de ser poder habitual de previsión racional e intento obligacional reales*”⁴⁰.

Lo que añade el canon 1095 n. 3 es una perspectiva de análisis, un aspecto técnico de estudio de la única incapacidad. Es un tipo legal o caracterización que permite un más detallado examen del acto humano, de modo que se fijen mejor los términos de estudio y de valoración del acto de consentir viciado de incapacidad. Si interpretamos bien el pensamiento de Viladrich, nos parece que en sentido estricto cabe hablar sólo

³⁸*Ibidem*, p. 1215. Este criterio de capacidad permite a Viladrich encontrar una justificación racional y coherente a la presencia del n. 1 del canon 1095, cuya autonomía es también problemática, puesto que cabalmente se podría entender incluida en el defecto de discreción de juicio: “el n. 1 contempla el consentimiento bajo el prisma del can. 1104, como signo nupcial válido o acto de manifestación que unifica, en una unidad de forma, la dualidad de actos internos de voluntad y los comunica entre las partes y *erga omnes*” (*loc. ult. cit.*).

³⁹ Viladrich, P.J., *Comentario al canon 1095...*, p. 1244.

⁴⁰*Ibidem*, p. 1228.

de un capítulo de nulidad por incapacidad consensual, aunque para ello se empleen tres tipos legales, cuya autonomía es puramente formal o técnica.

Para concluir, sólo nos queda indicar que el estudio de la incapacidad consensual exige una comprensión previa de la capacidad para el matrimonio. Para ello, en nuestra opinión y a pesar de los notables esfuerzos realizados por Viladrich, no basta con los tres tipos legales ofrecidos por el legislador en el can. 1095, que constituyen una configuración negativa de la incapacidad. Es necesario prestar también mayor atención al criterio empleado por la tradición canónica, que consiste en la contemplación y recta comprensión del desarrollo de la afectividad y de la capacidad amorosa en el hombre y en la mujer⁴¹. El criterio tradicional de la pubertad no debe ser mal interpretado, como si consistiese en un mero indicador de la edad núbil por derecho natural, ni en un conjunto de manifestaciones biológicas que se pueden producir al margen de la madurez personal para el matrimonio. Si la pubertad se entiende en sentido amplio –como adolescencia, en un periodo extenso de la vida, cuya duración puede variar según épocas y lugares– puede servir como criterio inspirador unitario del canon 1095 CIC '83 evitando las aplicaciones abusivas y revitalizando el concepto de discreción de juicio necesaria y suficiente para el matrimonio.

⁴¹ Cf. Errázuriz M., C.J., *Riflessioni...*, cit., pp. 437-438.