

INCOMPATIBILIDAD DE CARACTERES,
IMPOSIBILIDAD MORAL E
INCAPACIDAD CONSENSUAL RELATIVA
PARA CONTRAER MATRIMONIO
A propósito de la Sentencia de la Rota
Romana coram c. Burke, 18.VII.1997

JOSÉ M. VÁZQUEZ GARCÍA-PEÑUELA

SUMARIO

I • INTRODUCCIÓN. II • EL SUPUESTO DE HECHO. III • UNA DOBLE PERSPECTIVA POSIBLE. IV • LA INCOMPATIBILIDAD DE CARACTERES. V • EL CONCEPTO DE IMPOSIBILIDAD MORAL APLICADO A LOS SUPUESTOS DEL CANON 1095, 3. VI • ALGUNA REFLEXIÓN SOBRE LA LLAMADA INCAPACIDAD RELATIVA. VII • LOS INFORMES PERICIALES.

I. INTRODUCCIÓN

En el volumen especial de *Ius Canonicum* en el que el Instituto Martín de Azpilcueta ha recogido, muy recientemente, los escritos redactados en honor de Javier Hervada, uno de los mayores canonistas contemporáneos, me han llamado la atención los títulos, relativamente similares, de los trabajos de dos sobresalientes canonistas: uno italiano y otro español. El primero corresponde al Profesor Ordinario de la Universidad de Roma «La Sapienza», Gaetano Lo Castro y se titula *Moderne incertezze sul matrimonio*¹. El segundo tiene por autor al Catedrático de la Universidad de Oviedo, José María González del Valle y se titula *Mis perplejidades sobre el matrimonio*².

1. G. LO CASTRO, *Moderne incertezze sul matrimonio*, en «Escritos en honor de Javier Hervada», «Ius Canonicum», vol. especial, Pamplona 1999, pp. 535-545.

2. J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE, *Mis perplejidades sobre el matrimonio*, en «Escritos en honor de Javier Hervada», cit., pp. 547-558.

En ambos se ponen de manifiesto aspectos preocupantes de las vigentes regulaciones del matrimonio, tanto en los ordenamientos estatales como en el ordenamiento canónico. Pienso no errar si expreso que entre todos los aspectos, teóricos y prácticos, que a la doctrina y jurisprudencia canónicas les ha planteado el vigente Código de Derecho Canónico (en mi opinión, con casi dos decenios de existencia, se debe dejar ya de hablar de *nuevo* Código), sin duda el más erizado de problemas y dudas es el que se refiere a la aplicación del número 3 del canon 1095. A esas dificultades no resulta ajena la frecuencia con que el Papa Juan Pablo II se ha referido, directa o indirectamente al tema en sus discursos a la Rota Romana³. En otro plano, también resulta muy significativa la ingente producción científica que, a la vuelta de pocos lustros, ha recaído sobre esas pocas palabras que se encierran en la fórmula del precepto antedicho⁴.

La preocupación a que da lugar la aplicación del precepto relativo a la incapacidad para asumir las obligaciones esenciales del matrimonio me parece que está plenamente justificada a la vista del contenido de sentencias como la que me propongo comentar. Obviamente, no me refiero a la argumentación de la decisión del Tribunal Pontificio, sino a lo que deja traslucir sobre cómo se está llevando a cabo la interpretación del c. 1095 por parte de algunos tribunales inferiores⁵.

3. Sobre algunos de esos discursos, vid. J. T. MARTÍN DE AGAR, *Magisterio de Juan Pablo II sobre la incapacidad consensual*, en J. A. FUENTES (ed.), *Incapacidad consensual para las obligaciones matrimoniales*, Pamplona 1991, pp. 85-118.

4. En el mismo volumen antes citado de «Escritos en honor de Javier Hervada», sin ir más lejos, se recogen los siguientes trabajos: J. FERRER ORTIZ, *La capacidad para el consentimiento válido y su defecto (can. 1095)*, pp. 633-644; E. TEJERO, *El significado de las obligaciones esenciales del matrimonio*, pp. 747-761; J. A. FUENTES, *La incapacidad relativa y la incapacidad para la relación conyugal del c. 1095, 3º en la jurisprudencia de la Rota Romana 1993-1995*, pp. 763-778; J. CARRERAS, *La autonomía de la «incapacidad de asumir las obligaciones esenciales del matrimonio» como capítulo de nulidad*, pp. 779-793; H. FRANCESCHI, *La incapacidad relativa: una respuesta desde la perspectiva antropológico-jurídica de Javier Hervada*, pp. 795-815; I. BRIONES, *La simulación parcial: Conexión y diferencias con la incapacidad psíquica consensual*, pp. 817-828 y M. A. FÉLIX BALLESTA, *Breves reflexiones sobre la jurisprudencia del c. 1095, 3 del CIC*, pp. 829-840.

5. «Este último precepto se ha convertido en el capítulo de nulidad estrella, hasta el punto de que en la actualidad, según estadísticas referibles no sólo a España sino a otros muchos países, en un ochenta por ciento de los matrimonios declarados nulos se estima como causa de nulidad la incapacidad para asumir las obligaciones esenciales del matrimonio» (J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE, *Mis perplejidades sobre el matrimonio*, cit., p. 548).

II. EL SUPUESTO DE HECHO

Del texto disponible se puede reconstruir en sus líneas esenciales el supuesto fáctico que sirvió de base a la pretensión procesal.

La sentencia rotal se dicta en tercera instancia y resuelve el recurso ordinario de apelación contra otra sentencia de un turno anterior del mismo tribunal que, con fecha 5 de marzo de 1991, decidió no confirmar el fallo *pro nullitate* recaído en la primera instancia, que se ventiló ante el tribunal de una diócesis del lejano Oriente.

Ante este último se introdujo la causa mediante demanda presentada el 29 de septiembre de 1985, curiosamente poco antes de que cesara la convivencia matrimonial. En el escrito de demanda, lejos de acusar la nulidad del matrimonio a través del recurso de alguna de las categorías legales o doctrinales con que se designan los distintos capítulos de nulidad, el actor (que, quizá, en ese momento aún no se valía del patrocinio de un letrado) insta dicha nulidad porque la demandada «no entiende en absoluto lo que significa el matrimonio y, en cualquier caso, es incapaz de vivir como cónyuge, debido a lo perturbado de su carácter y temperamento».

La fórmula de dudas quedó fijada en el punto relativo al defecto o no de discreción de juicio en ambos contrayentes. No obstante, a petición de la parte actora, que en ese momento sí consta ya que se valió de abogado, se procedió a la modificación del *dubium* que pasó a ser «si el matrimonio es nulo e inválido por el hecho de que las partes no fueron capaces de otorgarse la una a la otra verdadero consentimiento matrimonial, debido a una radical incompatibilidad de caracteres». A tal cambio accedió el Tribunal de la primera instancia el 12 de enero de 1987. Sorprendentemente, en el fugacísimo plazo de un mes y cuatro días, tras las correspondientes proposición y práctica de la prueba, dictó sentencia en la que se declaraba la nulidad del matrimonio en cuestión.

Deben ser tenidos, además, en consideración los siguientes elementos de hecho:

— Los esposos contrajeron matrimonio canónico el 31 de diciembre de 1983, con edades de treinta (el varón) y treinta y dos años (la mujer).

— Previamente a la boda, dejándose llevar por una mutua atracción, habían convivido durante nueve meses.

— La demandada había contraído cuatro años antes de este matrimonio, cuando aún no era católica, otro civil con un hombre con el que no llegó a convivir. La jurisdicción civil declaró nulo tal matrimonio que sin embargo, según parece desprenderse de la sentencia que se comenta, fue disuelto en cuanto se refiere al vínculo natural a favor de la fe antes de que, tras su bautismo en la Iglesia católica, contrajera matrimonio canónico con el actor.

— La formación, temperamentos y educación (china, la de la mujer; occidental, la del varón) eran muy diversos.

— La convivencia se hizo, en parte debido a la conducta licenciosa del marido, muy difícil. Duró solamente un año y diez meses y de ella no hubo hijos.

III. UNA DOBLE PERSPECTIVA POSIBLE

Que un tribunal diocesano admita una fórmula de dudas tal como la supracitada, pone de manifiesto que lo dicho sobre las dificultades de interpretación y aplicación del precepto sobre la incapacidad de asumir las obligaciones esenciales del matrimonio no es una hipérbole. Una de las causas principales de esas dificultades radica en la falta de tradición (la tradición hace sabias a las leyes) de la norma. Me parece certero Carreras, uno de los canonistas actuales que más atención ha dedicado al estudio del tema y que ha obtenido algunos resultados realmente valiosos, cuando afirma que «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 1917, el número 3 es una novedad absoluta no sólo en el ámbito matrimonial, sino (...) también en el campo mucho más amplio de la teoría general del negocio jurídico»⁶.

A la especificidad del matrimonio, a su categorización como realidad jurídica *sui generis* ha recurrido y recurre la doctrina para argu-

6. J. CARRERAS, *La autonomía de la «incapacidad de asumir las obligaciones esenciales del matrimonio» como capítulo de nulidad*, cit., p. 779.

mentar sus diferencias notables en relación a los demás contratos que conoce la Ciencia del Derecho. En ocasiones las diferencias se explican de una manera más radical: el matrimonio se diferencia tanto de los *demás* contratos precisamente porque el matrimonio no es un contrato. Evidentemente, estaría fuera de lugar intentar bucear en un comentario jurisprudencial en el profundo tema de la naturaleza del matrimonio⁷.

Ahora sólo intento llamar la atención sobre el hecho de que, en la práctica, parece como si el matrimonio fuera, en la cotidianidad forense, una especie de Jano, con una faz contractual y, por otro lado, con un rostro, digamos, «interpersonal». Los mismos tribunales que exigirían ante una demanda que contuviera una acción de nulidad de matrimonio por miedo que éste fuera antecedente, grave, externo e indeclinable (poco más o menos lo que el Digesto exigía), podrían ser proclives a aceptar causas como la que es objeto de este comentario. Si esto fuera así, a los abogados matrimonialistas se les habría abierto la disyuntiva procesal de seguir bien la adusta, centenaria y decantada vía de lo contractual, jalonada en argumentos de técnica jurídica; o bien la de recorrer la senda de lo interpersonal recurriendo a probar (normalmente a través de pericias que realizarán profesionales de otras ciencias: psiquiatras o psicólogos) las carencias que en las personas hacen imposible el mantenimiento de una comunidad de vida y amor.

En el fondo todo dependería —soy consciente de que estoy simplificando casi caricaturescamente la cuestión— de que el matrimonio se considerase bien como una realidad institucional-jurídica, o bien como realidad vital-interpersonal. Como derecho o como amor.

La alternativa es falsa (como suelen serlo los *aut-aut* en la religión cristiana, que es una religión de adiciones, de unión, más que de separaciones), porque «amor y derecho se dan cita de manera especialísima en el matrimonio. En esto reside en realidad la esencia misma del matrimonio, en cuanto en él el amor entre un hombre y una mujer se ha transformado en mutuamente debido entre los dos. De este modo, estar

7. Me remito a lo que he escrito en una modesta aportación sobre este tema titulada *El matrimonio es un contrato (concretamente, un contrato de sociedad)*, en «Escritos en honor de Javier Hervada», cit., pp. 597-609.

casado significa esencialmente que el propio amor conyugal se ha comprometido en justicia respecto al otro»⁸.

Una inadecuada concepción del Derecho y una deficiente clasificación dentro de las distintas categorías negociales del matrimonio, entre otros motivos, han causado en relativamente amplios sectores doctrinales un rechazo, más o menos explícito, a conceptualizar el matrimonio como una relación contractual. Se concibe inadecuadamente el Derecho cuando se le contempla desde una perspectiva distinta de la del realismo jurídico⁹. Se clasifica, en mi opinión, deficientemente el matrimonio cuando se le presenta como un contrato de intercambio, sinalagmático, en lugar de considerarlo como un contrato de fin común, más específicamente de sociedad o de comunidad.

No deja de ser curioso que quienes esgrimen la acusación de «cosificadora» contra la regulación pío-benedictina del matrimonio, en especial en lo que refiere a la explícita mención de la entrega y aceptación del derecho a la realización de los actos de suyo aptos para la procreación, resultan, con frecuencia, perpetuadores de una suerte de concepción sinalagmática del matrimonio. En efecto, la relación interpersonal en que consiste antropológicamente el matrimonio se tiende, en ocasiones a entender como un dar y un recibir a y del otro para que, en un adecuado ambiente o clima afectivo, cada una de las individualidades de los

8. C. J. ERRÁZURIZ, *El matrimonio como conjunción entre amor y derecho en una óptica realista y personalista*, en «Scripta Theologica», XXVI (1994), p. 1031. Más adelante perfila esta idea con las siguientes frases: «Este consentimiento matrimonial constituye un peculiar acto de amor entre las personas que se unen. No se trata de añadir al consentimiento un nuevo requisito de validez, como sería un particular grado de amor (muchas veces, por cierto, entendido como amor sentimental), sino de darse cuenta de que el mismo consentimiento que es causa del matrimonio es en sí un acto amor de especial trascendencia. (...) ese acto de consentimiento no puede idealizarse, como si comportara algo muy perfecto de muy difícil y escasa realización: es lo que un hombre y una mujer normal pueden realizar, y de hecho realizan cuando realmente quieren casarse. La difícil y delicada tarea de individuación de los presupuestos y requisitos del consentimiento matrimonial ha de llevarse a cabo siempre en esa óptica de constatar si se ha dado un mínimo constitutivo de capacidad y de voluntad dirigida al verdadero matrimonio; exigir más sería absurdo, y normalmente estaría condicionado por esa mentalidad que pretende encontrar nulidades dondequiera que ha habido fracasos matrimoniales» (*Ibid.*, pp. 1034 y 1035).

9. Soy consciente de lo polémico de esta afirmación: su cabal justificación no me resulta posible en los límites que impone este tipo de trabajo. Me permito remitir al lector al artículo de Errázuriz que acabo de citar y a la bibliografía que allí se recoge sobre el realismo jurídico.

cónyuges alcance su perfeccionamiento o realización personal¹⁰. Contraprestación, al fin y al cabo.

La aceptación y entrega del canon 1057 son mutuas (la propia persona, en lo que tiene de participable desde el punto de vista conyugal, es la que se entrega para formar una comunidad, y, en cuanto miembro de la comunidad, recibe la aportación del otro, que es, a su vez, la persona del otro), más que recíprocas (la aceptación y la entrega la disfrutan cada uno de los contrayentes, pero no hay aportación social o común).

IV. LA INCOMPATIBILIDAD DE CARACTERES

Los planteamientos propios de una visión individualista de la persona y del matrimonio, desgraciadamente, no sólo se van extendiendo cada vez más, sino que, a la vez, van calando más profundamente en la mentalidad de muchas personas, también de muchos sujetos del ordenamiento canónico. A ese hecho, dicho sea de paso, me parece que no es en absoluto ajeno el actual oscurecimiento del valor del *bonum prolis*.

Tampoco puede dejarse de poner en relación con esa exacerbación de la mentalidad individualista la relevancia que en los últimos decenios se ha atribuido a la llamada incompatibilidad de caracteres como determinante de muchos fracasos matrimoniales. Precisamente, en la necesidad de marginar completamente la posibilidad de que los caracteres de quienes contemplan la posibilidad de unirse en matrimonio sean incompatibles, se justifica en ocasiones la convivencia *more uxorio* previa al matrimonio mismo. Es lo que se suele llamar «matrimonio a prueba».

10. Sobre esta cuestión, desde un punto de vista no propiamente jurídico, se ha expresado autorizadamente: «Nella famiglia post-moderna si logorano le norme trascendenti sotto l'egida delle quali si era organizzata la famiglia moderna. Le funzione oggettive lasciano il posto a quelle soggettive, così si esaltano gli aspetti affettivi ed erotici del legame di coppia, mentre quelli sacrali, giuridici, economici e procreativi sono messi in secondo piano o addirittura trascurati. *L'eros diventa nomos*. L'espletamento della sessualità, nella dissociazione tra componente unitiva e procreativa del legame di coppia, diventa un fatto assolutamente privato. Al matrimonio si chiede la realizzazione delle individualità; la relazione prevale sull'istituzione (e può anche farne meno)» (G. ZUANAZZI, *Il bonum coniugum: profili socio-psicologici*, en VV. AA., «Il "bonum coniugum" nel matrimonio canonico», Città del Vaticano 1996, p. 72).

Uno de los extremos más llamativos del supuesto de hecho al que se refiere la decisión rotal ante la que nos encontramos, es que, curiosamente, el matrimonio a prueba termina por no probar nada, ni siquiera aquello que se persigue comprobar. Los contrayentes convivieron, no unas pocas semanas, sino nueve meses, para comprobar que no tendrían por qué surgir problemas en su convivencia. A pesar de todo, no sólo surgieron, sino que, según el tribunal de la instancia, no podían no haber surgido, dados los caracteres de las partes.

Quizá porque puede dar lugar a absurdos como el que se ha intentado poner de relieve, salvo alguna contada excepción, como es el caso de Villegiante¹¹, la canonística más prestigiosa, no otorga carta de naturaleza como *caput nullitatis*, a esos supuestos en los que se trataría «di personalità tra di loro inconciliabili, che tra di loro non si coniugano, non si intengrano, ma si respingono, continuando a vivere ognuna nella propria dimensione, nella propria individualità fisica e morale in assoluta incomunicabilità»¹².

Ahora bien, realmente no parece posible que se den entre dos personas casos de «*absoluta* incomunicabilidad» fuera de dos supuestos. El primero sería la existencia de una causa psíquica, necesariamente grave, en una o, *a fortiori*, en las dos personalidades. Lógicamente, aquí no tendría sentido hablar de incompatibilidad de caracteres, a no ser que se hiciera referencia a una incompatibilidad «universal» de caracteres, es decir que la imposibilidad de comunicarse se diera en relación no sólo con el otro contrayente, sino en relación con cualquier otra persona.

En el caso que decide la sentencia comentada, queda clara la diversidad caracteriológica entre las partes. Pero queda igualmente claro que esa diversidad, como puso de manifiesto la sentencia rotal anterior apelada, no tenía, ni siquiera mínimamente, una base morbosa, sino que provenía de «una doble causa: de la diversa complexión fisiopsíquica y del diverso ambiente (*background*) cultural»¹³. Desde este punto de vista,

11. Que quizá por eso mismo, da comienzo, en una de sus últimas aportaciones científicas, al apartado en que trata del tema de la incompatibilidad de caracteres con la expresión «nessuno abbia paura» (S. VILLEGIANTE, *Il bonum coniugum nella giurisprudenza post-conciliare*, en VV. AA., «Il “bonum coniugum” nel matrimonio canonico», cit, p. 208).

12. *Ibid.*

13. N. 22 (n. 11 de la sentencia apelada).

aunque, sobre el aspecto que ahora sólo se apunta, se volverá más adelante, es muy significativo que ni las partes, ni ninguno de los órganos juzgadores intervinientes en las distintas instancias se plantearan recabar una pericia psiquiátrica.

Por lo demás, la ciencia psiquiátrica, al menos en lo que se refiere a los cultivadores de ese saber pertenecientes a escuelas u orientaciones científicas compatibles con los postulados fundamentales de la concepción antropológica que del hombre tiene la religión cristiana, tampoco reconoce el de la incompatibilidad de caracteres como un concepto propio¹⁴. Así lo pone de manifiesto la propia sentencia, a la vez que aporta la que me parece es la razón de fondo para desechar *a limine* que se pueda tomar seriamente en consideración la propia idea de incompatibilidad de caracteres: el mandato absolutamente universal (que, por demás está decir que ocupa un lugar central en la moral cristiana, una moral que se ancla en una verdad metafísica sobre el hombre) de amar a todas las personas¹⁵.

De ahí que, no hace muchos años, en la sentencia de 5 de marzo de 1991¹⁶, la Rota Romana declarase que la incompatibilidad de caracteres, entendida en forma radical, es un capítulo que «no se encuentra en ningún lugar del Código, ni en la doctrina, ni en la jurisprudencia» y que, en el fondo, aceptarlo no sería otra cosa que dar por buena una de las causas que en los derechos estatales se suelen aducir para el divorcio¹⁷.

14. Sobre la necesidad de que el perito y el juez eclesiástico compartan el mismo «horizonte antropológico» son realmente claros los nn. 3 a 6 de la *Alocución de Juan Pablo II a los miembros del Tribunal de la Rota Romana de 5 de febrero de 1987*, AAS 79 (1987), pp. 1453-1459. En un plano obviamente distinto, resultan muy ilustrativas las siguientes frases: «En el juicio que los expertos vierten en sus informes, en ocasiones es posible apresar ciertos indicadores de que el concepto de matrimonio de que parte el perito no es coincidente con el defendido por el canonista. Este error en el modelo psicológico y antropológico del matrimonio puede tener graves consecuencias, pues contribuye a desfigurar los principios de la antropología realista y cristiana por los que se rige la institución del matrimonio. (...) En conclusión: un error inicial en el modelo de matrimonio puede afectar gravemente a las conclusiones finales obtenidas por el perito, lo que podría contribuir a sesgar o equivocar la sentencia dictada por el juez» (A. POLAINO-LORENTE, *Cuadros psicopatológicos en cuanto que afectan a la validez matrimonial: el punto de vista del psiquiatra*, en J. A. FUENTES [ed.], *Incapacidad consensual para las obligaciones matrimoniales*, Pamplona 1991, p. 253).

15. Cfr. n. 3.

16. Sentencia c. Colagiovanni de 5 de marzo de 1991, RRD, 83 (1991), pp. 138-143.

17. Cfr. *ibid.*, p. 141.

En una sentencia Rotal de pocos años después, concretamente, de 27 de octubre de 1994¹⁸, que tuvo el mismo ponente que la que ahora se comenta, tomando también en consideración la doctrina de la de 5 de marzo de 1991, terminantemente se concluía: «por tanto, cuando los psicólogos califican una concreta relación conyugal como incompatible, de ese juicio psicológico no resulta ninguna base para dictar una sentencia canónica de incapacidad consensual»¹⁹.

El segundo supuesto que se me ocurre de «incomunicabilidad absoluta» no traería su causa de un motivo de naturaleza psíquica, sino moral: no hay ninguna comunicación entre los cónyuges, sencillamente, porque no quieren que la comunicación pueda existir. El orgullo, el rencor, el resentimiento, el celo amargo o cualquiera otra de las malas pasiones que somos (y todos, desgraciadamente, tenemos experiencia íntima y personal de ellas) capaces de albergar las personas, pueden hacer difícil o, incluso, muy difícil (y más para determinados temperamentos) el restablecer una comunicación que se ha roto o que se ha dejado que se rompiera. Pedir perdón y perdonar puede costar mucho esfuerzo. Pero (como, afortunadamente, también todos tenemos personal experiencia) nunca es imposible.

Los jueces rotales consideran que, efectivamente, en el caso se daban circunstancias, como la ya señalada de la diferencia de caracteres o la de la diversidad de culturas, que exigen un «verdadero esfuerzo por parte de los esposos para superar o aceptar los diferentes modos de entender la vida y las cosas»²⁰. Por eso resulta sumamente adecuada la remisión que la sentencia hace al discurso antes citado de Juan Pablo II a la Rota Romana de 1987 en que se distingue entre la dificultad y la incapacidad «para prestar el consentimiento y para realizar una verdadera comunidad de vida y amor» y se señala que sólo ésta «hace nulo el matrimonio»²¹.

18. Publicada en «Monitor Ecclesiasticus», 121 (1996), pp. 494-512. Analiza la doctrina de esta sentencia en lo que se refiere a la incompatibilidad de caracteres, J. A. FUENTES, *La incapacidad relativa y la incapacidad para la relación conyugal del c. 1095, 3ª en la jurisprudencia de la Rota Romana 1993-1995*, cit., pp. 769-771.

19. N. 19, p. 503.

20. N. 29.

21. *Alocución de Juan Pablo II a los miembros del Tribunal de la Rota Romana de 5 de febrero de 1987*, cit., p. 1457.

Sin embargo, como se ha hecho notar, «esta necesaria, decisiva distinción y no equivalencia entre dificultad e incapacidad, puede ser fácilmente inteligible en el plano de los enunciados, pero su apreciación práctica en muchos casos sería sin duda ardua y no exenta de riesgos: lo que en el terreno teórico aparece como una diferencia cualitativa, en el terreno de la aplicación jurisprudencial deviene un problema de grado, de intensidad, de frontera incierta entre dos territorios limítrofes»²².

V. EL CONCEPTO DE IMPOSIBILIDAD MORAL APLICADO A LOS SUPUESTOS DEL CANON 1095, 3

En ocasiones, se ha acudido al concepto de imposibilidad moral como medio para deslindar los que, tan gráficamente, De Agar llama terrenos limítrofes de la incapacidad y de la dificultad. La sentencia, en su argumentación jurídica, examina detenidamente la cuestión y arriba a unas conclusiones que me parecen del todo acertadas.

En realidad, el concepto de imposibilidad moral no es de raigambre canónica, sino que su uso propio se da en el ámbito de la moral. Cuando el número 16 de la sentencia (mediante la remisión a una c. Pompedda de 19 de febrero de 1982 que, a su vez, se remite a posiciones doctrinales en las que, a mi entender, resuena el postulado de la pureza metódica formal de Lombardía y Hervada), reclama que se evite en este tema la promiscuidad conceptual, no hace una advertencia de índole erudita, porque como se ha advertido, el objeto y el método del Derecho canónico y de la Teología moral son diversos, lo cual «no permite siempre la utilización de los mismos conceptos, criterios y reglas en una y otra disciplina. En efecto, proporcionar los principios morales que guíen a los cónyuges en el cumplimiento de sus obligaciones de conciencia es la perspectiva propia y específica de la consideración del matrimonio que corresponde hacer a la Teología Moral. Pero si los canonistas hicieran, por mimetismo con esos planteamientos, una acogida de esa visión en su consideración del matrimonio, desnaturalizarían su propio saber, que no tiene por objeto dar criterios de recta conducta en el cumplimiento de

22. J. T. MARTÍN DE AGAR, *Magisterio de Juan Pablo II sobre la incapacidad consensual*, cit., p. 100.

las obligaciones matrimoniales, sino precisar qué elementos son necesarios para que haya válido matrimonio»²³.

Y es que, más allá de otras consideraciones, en el ámbito jurídico que al sujeto pasivo de una determinada obligación (ya sea de proveniencia *ex lege*, ya lo sea *ex contractu*) su cumplimiento le resulte demasiado gravoso (que, por ejemplo, dicho cumplimiento le pueda acarrear la ruina económica) de ordinario no suele ser tomado en consideración. Desde este punto de vista, la sentencia hace suya explícitamente la posición mantenida por Stankiewicz, según la cual, en materia del canon 1095. 3, no se puede admitir el recurso al concepto de la imposibilidad moral²⁴. La imposibilidad ha de ser real y efectiva, por lo que sería más propio hablar de una imposibilidad natural o de carácter psíquico. Esta terminología «sembra meglio corrispondere sia alla norma canonica, che richiede cause di natura psiquica dell'incapacità, sia all'insegnamento del magistero pontificio, secondo cui l'incapacità (l'impossibilità) viene oposta alla difficoltà, e ciò indipendentemente dal suo grado»²⁵.

La equiparación, en este campo, entre incapacidad e imposibilidad, lejos de ser un artificio argumental, tiene una base bien sólida. Mas allá del parentesco de carácter terminológico que en el griego antiguo tenían ambos conceptos²⁶, como se ha puesto de manifiesto recientemente en un estudio referido a la capacidad en la filosofía práctica de Aristóteles, «capacidad e incapacidad no son extremos opuestos de una línea en la que múltiples intermedios se gradúa según un más y un menos, como tampoco la virtud es un término medio en este sentido. Lo que hay son virtudes, o capacidades, o virtuosidades, y la carencia de ellas, pero no una gama variada y graduable de potencias que, teniendo como término medio al poder simplemente, al mero poder, crecieran por

23. E. TEJERO, *Naturaleza jurídica de la incapacidad para asumir las obligaciones esenciales del matrimonio y «ius connubii»*, en «Fidelium Iura», 6 (1996), pp. 286 y 287.

24. Cfr. A. STANKIEWICZ, *L'incapacità di assumere e adempiere gli obblighi coniugale essenziali*, en «L'incapacità di assumere gli oneri essenziali del matrimonio (can. 1095, n. 3)», Città del Vaticano 1998, pp. 64 y 65.

25. *Ibid.*, p. 65.

26. «La voz griega *adynaton*, que aparece ya en los fragmentos de los presocráticos, tiene un significado doble: *adynaton* significa por un lado *imposible* y por otro *impotente* o *incapaz*. En este último sentido, *adynaton* designa en la literatura griega antigua al inepto, al débil o carente de fuerza, al inhabilitado» (A. QUEVEDO, *Capacidad e incapacidad*, en «Anuario Filosófico», 32 [1999], p. 533).

un lado hasta el poder hacer bien, y se debilitaran por otro lado hasta la incapacidad completa»²⁷.

Es común que la jurisprudencia (por ejemplo, la propia sentencia comentada en su número 11) y la doctrina, a la hora de aplicar analizar y profundizar en los contenidos y consecuencias del precepto contenido en el canon 1095, 3 traigan a colación el pasaje del Digesto según el cual «*impossibilium nulla obligatio est*» o la *regula iuris*, recogida en el Liber Sextus y equivalente al principio romano, en cuya virtud «*nemo potest ad impossibile obligari*». Es más, Carreras, con buena dosis de razón, pone en relación esta regla con el propio origen del número 3 del canon 1095 que, como es sabido, es bien reciente. En el iter redaccional del precepto habría habido un apartamiento de la tradición canónica que «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 contratos»²⁸. El resultado final, sería como expresa agudamente este autor una paradoja consistente en 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 como un tipo de contrato sinalagmático*»²⁹.

Coincido en lo sustancial con lo que expresa Carreras. Más en la medida que matiza su posición en el sentido de que más que anticontractualista, se debería denominar, si el término no fuese exageradamente rebuscado, «antisinalagmatista». No obstante, creo que debe hacerse notar por un lado que la aplicación de la regla o del principio al matrimonio no proviene de una, si se admite la figura, «presión jurídicista», de quienes mantuvieron un exacerbado contractualismo, sino que, por el contrario, «si nos atenemos a las fuentes de información alegadas por los autores y las decisiones rotales que dan inicio a la acogida de la referida *regula* en el ámbito que nos ocupa, podremos observar que son los tratados de Teología Moral donde han encontrado los canonistas

27. *Ibid.*, p. 540.

28. J. CARRERAS, *La autonomía de la «incapacidad de asumir las obligaciones esenciales del matrimonio» como capítulo de nulidad*, cit., p. 781.

29. *Ibid.*, p. 782. La cursiva es del autor.

utilizada dicha *regula*, básica como criterio de moralidad en el cumplimiento de las obligaciones de los cónyuges»³⁰.

Por otro lado, el paradójico resultado al que se refiere Carreras, en mi opinión proviene más que de la aplicación del principio, pura y simplemente considerada, de una inadecuada aplicación. En efecto, tanto la fórmula romana, como la regla canónica responden a un planteamiento objetivo de la imposibilidad. El cumplimiento de la obligación no es exigible cuando el objeto sobre el que recae es o ha devenido imposible. No es tanto que nadie está obligado a lo que no puede, como que nadie está obligado a *lo que no se puede*. El ámbito propio de aplicación del principio, y así se entiende en la teoría general del negocio jurídico, es el del objeto del contrato. De ahí que, como también hace notar Tejero, d'Ors, con su innegable autoridad (y, podría decirse, con la imparcialidad de quien no tiene ante los ojos el problema de la aplicación del principio en cuestión a un campo concreto, en este caso el del matrimonio) hace la siguiente traducción rigurosa del pasaje del pasaje del Digesto: «Es nula la obligación de objeto imposible»³¹. Por esos y otros motivos también atendibles que, en su día expuso Stankiewicz³², tras un análisis exhaustivo de las fuentes romanas, todo apunta a señalar que la extensión del principio al campo de la incapacidad, de suyo subjetivo, es fuente de problemas.

Finalmente, la pretensión que en ocasiones se detecta en algún autor de acogerse a la autoridad de Santo Tomás de Aquino, para realizar una lectura en clave subjetivista del principio no resulta muy atendible a la vista de la literalidad de la doctrina *quodlibetálica* del propio Aquinate en relación con la impotencia³³.

30. E. TEJERO, *Naturaleza jurídica de la incapacidad para asumir las obligaciones esenciales del matrimonio y «ius connubii»*, cit., p. 286.

31. *Ibid.*, p. 287, nota 134.

32. A. STANKIEWICZ, *De accomodationes regulae «impossibilium nulla obligatio» ad incapacitatem adimplendi matrimonii obligationes*, en «Periodica», 68 (1979), pp. 649-672.

33. «Dicendum quod matrimonium est quasi quoddam pactum: nam per matrimonium unus tradit potestatem sui corporis alteri ad carnalem copulam. Constant autem quod pactum de impossibile nullum est, cum nullus possit seobligare 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.) Ciertamente emplea la expresión «si hoc sit ei impossibile», pero resulta evidente que la impotencia en sí no existe, siempre ha de darse en una determinada persona. Por lo demás, las palabras «constant autem quod pactum de impossibile nullum est», no dejan lugar a dudas sobre la perspectiva objetivista desde la que aborda Santo Tomás la cuestión, sobre todo si se tiene en cuenta que el objeto del *pactum*, es, en ese pasaje, el derecho a la realización de la cópula.

VI. ALGUNA REFLEXIÓN SOBRE LA LLAMADA INCAPACIDAD RELATIVA

También es posible encontrar alguna elaboración doctrinal en la que se pone en conexión el principio *ad impossibilia nemo tenetur* con la ardua cuestión de la llamada incapacidad relativa³⁴. Aunque, a mi modo de ver, es esta cuestión de la incapacidad relativa la que está latiendo en el fondo de muchas de las cuestiones que se afrontan en la sentencia que se está comentando³⁵, el hecho de que en la decisión rotal no se afronte *in recto*, junto con la innegable complejidad de la cuestión en la que se dan cita algunos de las interrogantes más difíciles que se plantea en la actualidad la canonística, me aconsejan desistir del intento de tratar sistemáticamente el asunto y limitarme solamente a plasmar alguna reflexión que quizá pueda revestir algún interés.

Acabo de expresar que en el de la incapacidad relativa se entreveran algunos de los temas más difíciles, por profundos, planteados hoy a la doctrina canonística. Quizá el más importante, por previo, sea el de la propia naturaleza del Derecho canónico como ciencia. Para quienes pensamos, con Hervada, que el Derecho canónico es propiamente, unívocamente, Derecho y que no lo es sólo analógicamente, lo coherente resulta que el canonista utilice las categorías jurídicas como cualquier otro jurista.

De ahí la resistencia a admitir determinados calificativos apuestos al concepto jurídico de incapacidad. Efectivamente, en cualquier otro

34. Así se ha expresado que «Se è pacifica, tanto in dottrina che in giurisprudenza, la configurazione dell'incapacità consensuale quale espressione della regola *ad impossibilia nemo tenetur*, la cui qualificazione in termini di diritto naturale è indiscussa, rifiutare per l'incapacità relativa tale qualificazione significherebbe aver dimostrato —o dare aprioristicamente per dimostrato— che non di vera incapacità in questo caso caso si tratti, bensì di semplice difficoltà. Giacchè, ritenendola vera incapacità, il fatto che si manifestino solo con il coniuge, e non *erga omnes*, non muta la sua sostanza di fattispecie in cui un'obbligazione è stata contratta da chi ad obbligarci non era idoneo proprio con la comparsa nei confronti della quale tale obbligazione doveva essere assunta ed adempiuta» (G. CANALE, *L'incapacità ex can. 1095*, 3^o: *necesaria assolutezza o possibile relatività alla persona dell'altro coniuge*, en «L'incapacità di assumere gli oneri essenziali del matrimonio [can. 1095, n. 3]», cit., p. 78).

35. En sede doctrinal ha escrito quien en la sentencia actúa como ponente: «De hecho la incapacidad relativa viene a identificarse con la incompatibilidad, que no es un concepto aceptable para la antropología cristiana. Para mí, la “incompatibilidad” no se distingue de la “imposibilidad moral”, que a su vez significa sencillamente la “extrema dificultad” que una persona, dado su carácter, experimenta para hacer u observar algo» C. BURKE, *Reflexiones en torno al c. 1095*, en J. A. FUENTES (ed.), *Incapacidad consensual para las obligaciones matrimoniales*, cit., p. 172.

sector de la Ciencia del Derecho no dejaría de causar extrañeza adjetivar a la incapacidad como incapacidad moral, como hace Serrano, autor, por otra parte, cuya altura científica está fuera de duda³⁶.

Realmente, Serrano inmediatamente antes de utilizar esa expresión señala que en la cuestión hay problemas de lenguaje. «Incapacidad, imposibilidad, dificultad, incompatibilidad: pueden *decir* realidades diversas o una misma realidad en distintos grados y hasta una misma realidad desde distintas perspectivas»³⁷. Nada más cierto. Sin embargo, lo que a mi modo de ver no cabe es deslizar elementos terminológicos que tienen su uso apropiado respecto a una realidad o desde una determinada perspectiva a otras realidades diversas o a perspectivas distintas. Ni tampoco cabe sostener que todas las realidades sean susceptibles de gradación desde cualesquiera perspectivas. Sí cabe, por ejemplo, desde la perspectiva propia de la ciencia médica hablar de una grave dificultad para llevar a cabo tal o cual función, o para realizar un acto determinado o para ejercitar una concreta facultad. Pero no se puede mantener, a lo que se me alcanza, que, desde una perspectiva estrictamente jurídica, se pueda graduar la incapacidad como grave o como leve³⁸. Admitir la posibilidad de una incapacidad leve, sería tanto como admitir que cabría, asimismo, una leve nulidad del matrimonio.

Lo que se acaba de expresar resulta aún más claro si se tiene en cuenta que la capacidad que se exige para contraer válidamente matri-

36. «La *incapacidad relativa* no puede transformar la *dificultad*, aun grave, en incapacidad; sino más bien al contrario: una *dificultad* puede ser tan grave que, sobre todo en los casos concretos, constituya una verdadera *incapacidad moral*. La *incompatibilidad*, por lo común de caracteres, de por sí llevará a una dificultad y, por lo común también, humanamente insalvable o de muy difícil superación» (J. M. SERRANO, *La incapacidad relativa como causa de nulidad de matrimonio en el canon 1095, 3º*, en «Curso de Derecho Matrimonial y Procesal Canónico para profesionales del foro», XII, Salamanca 1996, p. 164). Las cursivas son del autor.

37. *Ibid.*

38. Consecuentemente, me parece que no resultan acertadas, por ejemplo, las siguientes afirmaciones: «Con todo, antes de concluir con excesiva ligereza que no se requiere una incapacidad *grave* de las personas para afirmar la nulidad del pacto conyugal, habría que tener en cuenta el carácter primario del *ius nubendi* y el mismo contexto de la norma legal. En efecto, quienes no sean gravemente incapaces para el matrimonio habrá que suponer que no sean capaces de cumplir con sus características menos esenciales, mientras que para reconocer una inhabilidad con relación al núcleo esencial habrá de tratarse de una deficiencia relevante. (...) Acabo de notar que si bien no había necesidad de postular causas psíquicas *graves* sí que era necesario requerir una incapacidad *grave*. Lo que desde el punto de vista de la *incapacidad relativa*, sitúa el tema ya desde el comienzo, en el ámbito de la *gravidad relativa*» (*Ibid.*, p. 167). Las cursivas son del autor.

monio es, como expresa Hervada, una capacidad actual, en el sentido no sólo de que el sujeto debe ser capaz contemporáneamente al acto de emitir su consentimiento, sino también en el sentido de que la capacidad se refiere al acto de contraer, no al estado matrimonial³⁹.

Aquí la cuestión entra en contacto con otro de esos problemas difíciles y profundos a los que antes he hecho referencia. Como expresa Franceschi, en el tema de la llamada incapacidad relativa, las conclusiones a las que se haya de arribar, dependen en muy buena medida de la idea que se tenga del matrimonio⁴⁰. O lo que es lo mismo, de qué se considere que es la esencia del matrimonio.

En efecto, tener una visión clara sobre cuál es la esencia del matrimonio se impone como una tarea ineludible en esta materia que se refiere a la incapacidad para la asunción de las obligaciones *esenciales* del matrimonio⁴¹. La esencia «es lo que identifica una cosa en sí misma, comprendiendo *todos* y *solo* los elementos necesarios para individualarla en su entidad y, a la vez, para distinguirla de cualquier otra cosa. La esencia es, por tanto, lo que constituye y conforma una cosa en lo que ella es»⁴².

Dos motivos, a mi entender, impelen a considerar que cuando el canon 1095, 3 habla de relaciones esenciales está situándose en el *in fieri* y no en el *in facto esse*. En primer lugar, la utilización del verbo asumir, que impide poner en conexión la incapacidad consensual con el efectivo desenvolvimiento de los concretos avatares vitales por los que pueda atravesar este determinado matrimonio⁴³. En segundo lugar, y más importante, según me parece, debe tenerse en cuenta que, propiamente hablando, el matrimonio, en cuanto estado de vida no tiene obligaciones *esenciales*. Nada hay en el matrimonio *in facto esse* que se pueda conside-

39. Cfr. J. HERVADA, *Relección sobre la esencia del matrimonio y el consentimiento matrimonial*, en «Vetera et Nova. Cuestiones de Derecho Canónico y afines (1958-1991)», t. II, p. 943. Este trabajo se publicó anteriormente en «Diritto, persona e vita sociale. Scritti in memoria di Orio Giacchi», Milano 1984, pp. 480-488.

40. Cfr. H. FRANCESCHI, *La incapacidad relativa: una respuesta desde la perspectiva antropológico-jurídica de Javier Hervada*, cit., pp. 795 y 796.

41. Cfr. M. POMPEDDA, *Annotazioni circa la «incapacitas adsumendi onera coniugali»*, en ID., *Studi di Diritto matrimoniale canonico*, Milano 1993, pp. 110 y 111.

42. P. A. BONNET, *L'essenza del matrimonio e il «bonum coniugum»*, en VV. AA., «Il «bonum coniugum» nel matrimonio canonico», cit., p. 89.

43. Sobre la necesaria distinción entre incapacidad para asumir e incapacidad para cumplir, vid. M. POMPEDDA, *Annotazioni circa la «incapacitas adsumendi onera coniugali»*, pp. 85 y 86.

rar indefectible, salvo el propio vínculo matrimonial que, obviamente, no es una obligación, sino una relación jurídica⁴⁴. Tejero, después de poner de relieve que el concepto de obligaciones esenciales nunca había sido utilizado por el legislador canónico, ni tampoco resulta tener carta de naturaleza en la doctrina civilística, ha escrito recientemente sobre este punto que «la obligación, por su naturaleza, implica coyunturalidad pasajera en la vida del individuo, que puede ser cumplida también por un tercero, o puede ser resuelta, como también puede extinguirse por causas diferentes. Esas circunstancias no se avienen fácilmente con la esencia misma del vínculo o relación matrimonial permanente e indisoluble en su ser propio. De ahí que ni siquiera en relación con las obligaciones correlativas al *ius in corpus* —núcleo reiteradamente presentado en relación más directa con el llamado objeto esencial del consentimiento—, sea posible establecer una equiparación con la esencia del matrimonio»⁴⁵.

Desde este punto de vista parece claro que no tiene sentido plantear la posibilidad de que la incapacidad para asumir las obligaciones esenciales del matrimonio con referencia a la suficiencia o idoneidad de una determinada persona para mantener con otra concreta persona una adecuada comunidad de vida y amor, a no ser que se mantenga una visión en la que se prime la existencia sobre la esencia; la historia sobre el ser, la vida matrimonial, sobre el matrimonio⁴⁶.

VII. LOS INFORMES PERICIALES

Los dos párrafos que la sentencia dedica a esta materia de las pericias en las causas matrimoniales apenas se prestan a comentario alguno

44. Sobre la esencia del matrimonio *in facto esse*, vid. la interesante construcción doctrinal de P. A. BONNET, *L'essenza del matrimonio e il «bonum coniugum»*, en VV. AA., «Il «bonum coniugum» nel matrimonio canonico», cit., pp. 106-112.

45. E. TEJERO, *El significado de las obligaciones esenciales del matrimonio*, p. 748.

46. Desde esta perspectiva, profundamente concluye Franceschi que «es obvio que cada matrimonio es una realidad histórica y singularísima, pero el punto central de la cuestión consiste en determinar si esta singular historicidad corresponde a una modalidad de unión cuyas líneas ontológicas están grabadas en el mismo ser del hombre y de la mujer. En fin de cuentas, es la clásica cuestión sobre la esencia de una esencia humana que se realiza en cada hombre. Rechazada esta realidad, evidentemente cae también no sólo la antropología metafísica sino cualquier posibilidad de fundamentar una moral y un derecho...». H. FRANCESCHI, *La incapacidad relativa: una respuesta desde la perspectiva antropológico-jurídica de Javier Hervada*, cit., p. 813.

dado lo, a mi juicio, irreprochable de su argumentación. Una lectura *prima facie* del canon 1680, nos presenta la falta de pericia como una verdadera excepción. No obstante, debe tenerse en cuenta que, al contrario de lo que acontece en el canon 1095 3, no se refiere genéricamente a causas de naturaleza psíquica (en un sentido latísimo, casi se podría afirmar que tras cualquier consentimiento ineficaz hay una causa de esa naturaleza) sino, específicamente, de enfermedad mental.

La posibilidad de que el órgano juzgador omita, en las causas por defecto de consentimiento *propter mentis morbum*, la pericia médica fue una innovación del Código de Derecho Canónico vigente⁴⁷. En esa innovación está subyaciendo un sano criterio de economía procesal: hay casos en que la evidencia aconseja que tal pericia no se recabe. Esa evidencia puede presentarse tanto en sentido positivo (no hay resquicio alguno para la duda de que en el *in fieri* el sujeto padecía una enfermedad de tal índole y magnitud que le incapacitaba para consentir), como en el negativo. En este sentido la evidencia puede referirse no solamente a que no hay la más mínima duda sobre la total sanidad mental del sujeto (si es que tal supuesto cabe), sino también cuando lo evidente es que, dadas las circunstancias y lo actuado en el proceso, aún cabiendo dudar si el sujeto padece o no una leve perturbación, sobre lo que no cabe duda es que no le será posible a perito alguno esclarecer si la padecía también en el momento de expresar el consentimiento.

Desde este punto de vista, resulta adecuado el modo en que en la sentencia se recuerda que mientras al juez se le exige para dictar sentencia una certeza moral, al perito se le exige una certeza científica en su pericia. La diferencia radica en que, por un lado, el juez no puede abstenerse de juzgar, tiene, necesariamente, que decidir; mientras que el perito sí puede evacuar un informe en que se diga que, con base en los elementos de juicio que se le han aportado, no cabe afirmar o negar lo que se ha sometido a su ciencia. Y por otro lado, como ha recordado Martín García, «la razón de la tipología de los conocimientos ciertos está en función de la materia conocida. Cuando se trata de conocer hechos humanos,

47. Cfr. CARRERAS, *Comentario al canon 1680*, en A. MARZOA, J. MIRAS y R. RODRÍGUEZ-OCANA (coords.), *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*, vol. IV/2, Pamplona 1996, p. 1898.

que tienen, por tanto, un componente de libertad y un componente de contingencia esa certeza no puede ser absoluta»⁴⁸.

En todo caso, conviene tener en cuenta que el no recabar el informe pericial en algunos supuestos, afirma la Jurisprudencia rotal, más que como una facultad del juez se presenta como una obligación⁴⁹.

48. M. del M. MARTÍN GARCÍA, *Aproximación al concepto de «moralis certitudo» del canon 1608 del CIC en relación con las sentencias declarativas de nulidad de vínculo matrimonial*, en «Escritos en honor de Javier Hervada», cit., p. 477.

49. F. GIL DE LAS HERAS, *Los informes periciales en las causas matrimoniales*, en «Escritos en honor de Javier Hervada», cit., p. 857.