

nes, así como a la relación que el tema tiene con la necesidad de motivar las sentencias. Dedicar, en fin un amplio epígrafe autónomo al importante tema de la doble conformidad en sus dimensiones formal y sustancial, que distingue el art. 291 de la Instrucción, subrayando que conformidad u homogeneidad no es lo mismo que “identidad” y señalando que la norma precisa una inteligente y prudente labor hermenéutica en los supuestos límite, especialmente en aquellos casos en los que los capítulos no puedan tratarse como cumulativos sino que sean alternativos por incompatibles, pues incluso en estos últimos podrá apreciarse la existencia de conformidad sustancial cuando uno de los *capita nullitatis* pueda funcionar como causa del otro. Destaca, en fin, la necesidad de respetar el derecho de defensa a la hora de que el tribunal de apelación de aquel que dictó la sentencia apelada pueda declarar la conformidad sustancial de las decisiones.

F. Ponce Gallén, Auditor del Tribunal de la Rota de la Nunciatura Apostólica en España, expuso la última ponencia, “El proceso documental, la ejecución de la sentencia y las costas procesales”. Con respecto al tratamiento que la Instrucción hace del proceso documental, el autor subraya que en ella aparecen argumentos complementarios para sostener el carácter judicial y no administrativo de esta clase de procesos, especialmente en los artículos que regulan la admisión de la demanda y la resolución que pone fin al procedimiento. En el apartado que dedica a la ejecución de la sentencia hace un examen especial del veto y condiciones de su levantamiento. La ponencia añade un epígrafe aparte para el estudio de las líneas fundamentales de la homologación civil de las resoluciones canónicas en España, en el que se recoge la jurisprudencia básica, que tal vez debería haberse completado con algunos más recientes pronunciamientos del TS español. Finalmente, en el epígrafe de las costas judiciales trata el autor, además de las costas en sentido estricto y en sentido amplio, las cuestiones referentes al gratuito patrocinio. Cierra su exposición con una oportuna referencia a la función de vigilancia del Obispo moderador, recordando que no siempre los responsables de las Diócesis son conscientes de la importante función que desempeñan los Tribunales eclesiásticos.

El volumen en su conjunto constituye un valioso instrumento para el estudio y aplicación de este amplio y peculiar texto normativo. Su utilidad se incrementa al facilitar al lector el propio texto bilingüe que constituye su objeto.

RAFAEL RODRÍGUEZ CHACÓN

**TEJERO, ELOY, *¿Imposibilidad de cumplir o incapacidad de asumir las obligaciones esenciales del matrimonio? Historia, jurisprudencia, doctrina, normativa, magisterio, interdisciplinarietà y psicopatología incidentes en la cuestión*, Navarra Gráfica de Ediciones, Pamplona 2004, 1.305 pp.**

La obra cuyos datos editoriales preceden a estas líneas guarda proporción con el precepto, el número tercero del canon 1095, que más trascendencia práctica, con gran diferencia sobre cualquier otro, ha tenido de todos los del Código de Derecho Canónico vigente, en especial, de los que se refieren a la institución matrimonial. Ese precepto, cuya aplicación ha sido y continúa siendo por parte de demasiados tribunales eclesiásticos escandalosamente incorrecta (más si se tienen en cuenta los claros criterios que, desde poco después de su entrada en vigor, dio, reiteradamente, Juan Pablo II en varios

de sus discursos a la Rota), necesitaba un estudio extenso y profundo como es el que nos ofrece el Profesor Tejero.

La lectura de esta obra me ha llevado bastantes horas. En concreto, en torno a las sesenta. No será lo normal, sin embargo, que el lector se la lea de principio a fin. Por eso me parece que la estructura básica que se le ha dado es muy oportuna. En cierta manera se asemeja a la "literatura" que acompaña a los productos informáticos que suelen tener, en primer lugar, unas breves líneas precedidas del aviso de "no abrir el paquete antes de leer esto"; en segundo lugar, una "guía rápida para el usuario" que necesita saber en qué le puede ser de utilidad el artefacto (o el programa) y, finalmente, un manual extenso donde se contiene toda la información relativa al producto y que se suele consultar para resolver problemas o aclarar asuntos concretos.

Pues bien, el primer escrito sería el Prólogo (pp. 21-27) de Juan Ignacio Bañares quien es, a mi modo de ver, uno de los matrimonialistas más agudos y, a la vez, un claro expositor de cuestiones abstrusas (una cualidad que envidiamos los que más bien tendemos a realizar lo contrario: a convertir en abstruso lo que es claro), quien no duda en afirmar que la obra que prologa es una "verdadera «enciclopedia» de la incapacidad de asumir las obligaciones esenciales del matrimonio". Pero, salvo esa licencia, pocos elogios, tan frecuentes en los prólogos, se contienen en el breve Prólogo, cuya finalidad primordial (incitar a la lectura de la obra) la consigue, más que con aspavientos hiperbólicos, señalando la interesante médula argumental que da unidad a una obra que corría, dados su ambicioso planteamiento y su extensión, el riesgo de convertirse en almacén erudito falto de hilo conductor de la exposición.

La "guía rápida para el usuario" se debe ya a la pluma del propio autor y se divide en dos partes. La primera la constituye la "Introducción" (pp. 23-58) y la segunda la "Síntesis final", (p. 1167-1254), relativamente extensas (más si se tiene en cuenta la apretada presentación—tanto en lo que se refiere a los exiguos márgenes como a la tipografía—de la obra) hasta el punto de que por sí mismas podrían constituir una monografía.

El cuerpo de la obra se divide en doce partes (cada una tiene su espacio correspondiente en la síntesis final). Éstas se dividen en capítulos, que, a su vez, se desgran en apartados. Todos los epígrafes que preceden a las distintas divisiones y subdivisiones, son suficientemente expresivos de su contenido. Lo cual es algo que el lector agradece. Las ocurrencias a la hora de escoger las rúbricas pueden poner de relieve lo ingenioso que es el autor, pero, en muchas ocasiones, contribuyen poco a localizar lo que se busca en un libro. Eso se puede suplir con algo que en el mundo editorial anglosajón es casi obligado y que, entre nosotros, va resultando cada vez más frecuente: los índices analíticos-temáticos. Contar con él, en esta obra, dada su extensión, sería realmente útil.

Yo no me haré eco de todos los epígrafes, ni mucho menos, porque su sola transcripción, excedería de la extensión de una recensión media.

La Parte I sobre "Los términos de la cuestión" (pp. 59-156) es un estudio detenido y profundo sobre los significados que resultan adecuados, entre aquellos que se pueden asignar, a los términos centrales del tercero de los ordinales del canon 1095: "incapacidad", "asumir" y "obligaciones esenciales del matrimonio". Las ideas que se vierten en esas cien páginas son muchas y forman argumentos bien trabados, como para intentar exponer un resumen por mínimo que fuera. Pero yo destacaría que los argumentos que se dan son lo suficientemente convincentes como para desechar cualquier intento de proyectar la capacidad consensual más allá del estricto ámbito del "*in fieri*": es una capacidad para consentir, no se trata, en absoluto, de una capacidad para

cumplir. Me parece realmente interesante todo lo que Tejero expone sobre el principio de que “nadie resulta obligado a lo imposible”, y sobre cuál es su ámbito propio. Asimismo, creo que es incontrovertible la argumentación sobre por qué “asumir” no es intercambiable con “cumplir”. Aquí se vuelve a constatar la necesidad, teórica y práctica, de deslindar el “*in fieri*” y el “*in facto esse*”. Sin embargo, de la expresión “obligaciones esenciales”, al contrario de lo que hace con las dos anteriores expresiones, no nos da un significado preciso. Y, en el fondo, eso es lo que el autor mantiene: tal expresión, del todo carente de tradición canónica y de paralelos en la actual regulación codicial, no tiene una concreta y precisa significación cuando se intenta buscar el contenido de tales obligaciones en el “*in facto esse*”. Por el contrario, las obligaciones esenciales que el sujeto ha de ser capaz de asumir dice Tejero que han de referirse al acto de contraer, los sujetos han de ser capaces de obligarse en el consorcio que delinea el c. 1096. “Es decir, que *asuman* el compromiso de *quedar mutuamente obligados* como consortes, lo que implica que quienes se casan han de ser *capaces de obligarse a cooperarse mutuamente en justicia, de asumir sus obligaciones* de cooperar a la procreación, conservación y educación de los hijos, sin que esto implique una *garantía de la efectiva consecución* de los *finés y bienes todos* a que se ordena el matrimonio” (p. 291). Y, mantiene, así mismo, el autor, que este referirse la capacidad de asumir al *in fieri*, no viene a reiterar (bajo el solo prisma obligacional) lo prescrito en el segundo ordinal del canon 1095, como sostienen quienes parten de la visión de que la incapacidad del tercero es para cumplir. A mí me parece que tiene bastante fuerza el argumentar, como se hace en la obra, cómo la discreción de juicio se refiere al intelecto, y la incapacidad o capacidad de asumir a la voluntad. Pero como ambas potencias actúan en el momento de contraer, convendría dejar en claro por qué en el primer caso el legislador, hace patente que ése (el del contraer) es el momento en que se debe tener la discreción de juicio, pues habla de los derechos y deberes que “se dan y aceptan”, y el dar y aceptar son instantáneos, como instantánea es la expresión del consentimiento, mientras que nada de “aceptar” se dice en el caso de la incapacidad para asumir las obligaciones esenciales. Quizá el motivo pudiera ser en que “asumir las obligaciones que se aceptan” en el momento de contraer no dejaría de ser redundante.

Un tratamiento a fondo de esta incapacidad consensual del 1095, 3º, inevitablemente comporta que se traten, también con profundidad, otros aspectos que con ella entran en conexión. Eso es lo que sucede, claramente, en la segunda parte (pp. 157-234), que tiene una rúbrica compendiosa: “El menosprecio de la calidad del sujeto para hacer el matrimonio y la exaltación de la imposibilidad para satisfacer el derecho al cuerpo”. En ella el autor parte del dato, constatado en el análisis de la jurisprudencia rotal, de cómo, un rigorismo, en la actualidad inexplicable, llevó a considerar que los afectados de ciertos trastornos psico-sexuales, como los homosexuales y, más señaladamente aún, las ninfomaníacas (no se refiere a ningún caso de satiriasis), al ser considerados capaces, dado lo expedito de su capacidad intelectual, de prestar un consentimiento “naturalmente suficiente”, se consideraba que incurrían en simulación por exclusión ora del “*usus matrimonii*”, ora del “*bonum sacramenti*” y, más claramente, del “*bonum fidei*”.

Ahora bien, toda vez que, claramente, no se podía mantener que esas exclusiones eran propiamente voluntarias, hubo un desplazamiento conceptual en algunos ámbitos doctrinales hacia el turbulento concepto de la impotencia moral. Lo problemático de esta categoría hizo que lo que se veía, de hecho, vivencialmente, como supuestos claros de matrimonios nulos, se tratara de situar en el ámbito objetivo: los supuestos se harían gravitar, más que sobre la capacidad del sujeto, sobre el objeto del consentimiento.

Sin embargo, la visión que contenía el código pío-benedictino identificadora del objeto del consentimiento con el *ius in corpus*, junto a la subliminal equiparación al impedimento de impotencia, vino a desembocar en el absurdo de que al igual que sucedía respecto a este impedimento, se exigía que la imposibilidad de cumplimiento del objeto del consentimiento fuera perpetua. Con razón se concluye que se está “ante un planteamiento defendido con más *tenacidad* que *eficacia* y que deja abierta la posible nulidad de *todo* matrimonio, pues *no hay ser humano que pueda garantizar*, al momento de contraer, una *posibilidad de ejercicio perpetuo* del derecho al cuerpo. Pero no sólo respecto del *matrimonio*, en cualquier otro *negocio jurídico*, el hombre concurre siempre con sus inevitables *limitaciones naturales* que dejan *fuera de toda razón* la exigencia de *posibilidad de cumplimiento perpetuo*, *absolutamente desconocida en cualquier ámbito del derecho* y en cualquier planteamiento relativo al hombre que no haya perdido el sentido de sus *inevitables limitaciones naturales*”(p. 234).

Cuando Eloy Tejero se detiene extensamente (parte III; pp. 235-310) a reflexionar sobre “Dos puntos de partida y dos discursos” se refiere, fundamentalmente, al punto de partida que se sitúa en la visión contractualista, cuyo discurso desembocará en entender la incapacidad del 1095, 3 como la imposibilidad de cumplir las obligaciones en el *in facto esse*, y, a la postre, en una vergonzante acogida de la rescindibilidad del matrimonio, y, en segundo lugar, a una visión institucionista-sacramental, que aportaría las verdaderas claves para entender la esencia del matrimonio y, consiguientemente, de qué se trata cuando la norma se refiere a la asunción de obligaciones esenciales del matrimonio. El discurso jurídico-técnico que se sustentaría sobre esta visión —que sería la correcta, más cuando se la conecta con la savia sacramental del matrimonio entre bautizados— del matrimonio, desembocaría en la comprensión de cómo una incapacidad para formar el consentimiento (operante, por tanto y exclusivamente, en el *in fieri*) se distinguiría de la falta de discreción de juicio por el hecho de que la incapacidad provendría no de una anomalía radicada en la esfera del intelecto sino de la volición. Concretamente, los homosexuales y las ninfomaníacas, no podrían consentir por la falta de la libre deliberación que les acarrea sus anomalías, ya sean pulsiones irresistibles, monomanías, obsesiones o graves perturbaciones de la afectividad y de los apetitos en el campo sexual.

La postura de Tejero tiene aspectos de indudable interés y acierto. Pero, para mí, “contractualista de estricta observancia”, hay algunos otros que se muestran un tanto débiles. No pretendo dar una argumentación extensa (de lo cual quizá no fuera capaz, pero estimo que, en cualquier caso, éste no es el momento), pero sí quiero apuntar, dos objeciones. En primer lugar, pienso que si se dirigen tantas y tan aceradas críticas a quienes consideran que el matrimonio es un contrato, hay que proceder, previa o contemporáneamente, a criticar o, al menos, a explicar la conceptualización del matrimonio como contrato que se contiene en el canon 1055 § 2.

En segundo lugar, atribuir la función de clave de la bóveda de la comprensión del matrimonio y de su esencia a la sacramentalidad, nos condena a una incompreensión del matrimonio que no es sacramento. La sacramentalidad no puede aportar nada a la esencia del matrimonio. Con eso no quiero decir que no sea importante: es importantísima (como lo es, por ejemplo, la gracia, para el hombre, hasta el punto de que puede determinar su destino eterno, pero que no varía su esencia) pero no es esencial.

No obstante, hay que reconocer que, efectivamente, es convincente el argumento de que quienes resultan aquejados por graves anomalías psicosexuales, con independencia de que puedan o no cumplir las obligaciones esenciales, no pueden emitir, por ese defecto de la voluntad (que puede solaparse con una merma en la discreción de