

LUIS VELA SÁNCHEZ *

LA ALTERIDAD MATRIMONIAL Y SUS CONSECUENCIAS

J.Y. Jolif en su difícil y profunda obra *Comprender al hombre*¹ demuestra cómo la alteridad junto con la totalidad, diferenciación, dialéctica, metafísica, constituye una de las cinco categorías fundamentales que hacen posible la experiencia como experiencia. Para ser mínimamente realistas hay que partir siempre de la experiencia. Pero la experiencia se reduce a una serie compleja de datos, que no se explican a sí mismos. Este es el ingenuo error de todo positivismo jurídico, que olvida que la experiencia sólo puede aparecer como jurídica, porque hay un previo concepto, aunque sea vago e impreciso, del derecho. Este concepto-sentimiento que remite a la idea, que es la propia luz del concepto, es lógicamente anterior a la experiencia, o, si se prefiere, es la parte subjetiva y consciente de la experiencia. Olvidar ésto inutiliza a toda ciencia jurídica y a toda teoría general del derecho en su pretensión por suplantar a la filosofía. La ciencia, toda ciencia, por su plausible y fecunda vocación de objetividad, olvida que su máxima concreción es imposible sin una ineludible abstracción. Acentuando tanto el valor de lo objetivo llega a identificarlo, falsamente, con la realidad. La realidad, como totalidad, es imprescindible y necesariamente, objetivo-subjetiva,

* Profesor en la Universidad Pontificia Comillas. Madrid.

¹ J.Y. JOLIF, *Comprender al hombre*, Ed. Sígueme, Salamanca 1969, p. 323.

o mejor, subjetivo-objetiva. Suprimir el aspecto subjetivo es suprimir la experiencia. Es, nada menos, que suprimir al hombre o reducirlo a una cosa entre cosas. Negarlo como sujeto.

La auténtica filosofía, en contra de lo que suele decirse y escribirse, es más concreta que la ciencia, ya que es un saber o un buscar integral e integrador, que no deja olvidado ningún aspecto de la realidad. La filosofía del derecho, la única filosofía ocupándose de toda la realidad en cuanto jurídica y de la conexión de lo jurídico con todos los demás aspectos o esferas de la realidad, no admite, por ejemplo, la burda separación entre derecho objetivo y derecho subjetivo, ya que ambas expresiones son falsas en su literalidad, ya que el derecho es esencialmente intersubjetivo con una intersubjetividad, como veremos, objetiva, justa. El derecho es esencialmente alteridad justa. Sólo, de este modo, puede entenderse el matrimonio, que es, sí, institución primaria y fundamental de derecho divino positivo y natural, pero que es, sobre todo, realización libre de una vocación interpersonal. Realización de la más enérgica alteridad, puesto que es esencialmente heterosexual. Ya llegaremos a este punto fundamental.

La realidad es una oposición, que debe ser coordinada y unificada, entre sujeto y objeto, entre conciencia y naturaleza, entre espíritu y cuerpo, entre interioridad y exterioridad. Pero la realidad es también, y sobre todo, alteridad, referencia, relación entre sujetos personales. El ENTRE, la intersubjetividad es una entidad primaria y fundamental, que revela la especial grandeza y fecundidad de la categoría de la juridicidad. La juridicidad goza de su propia y peculiar autonomía y no depende ni de la economía, como pretenden Marx y Croce, ni de la sociología, según Comte y todos los positivistas, ni de la moral, como piensa Gentile y algunos moralistas. La juridicidad como idea es un verdadero a priori lógico y en cuanto valor e ideal es, junto con la moral, pura ética considerada ésta como filosofía práctica. La ética jurídica aparece adornada del altísimo valor de la reciprocidad. Esta, como religación de dos sujetos personales según un criterio común y justo, es constitutivamente meta-egoísta. Cada sujeto jurídico tiene que contar con el «otro» en un intercambio constitutivo de derechos y deberes. Si se me permite, el metaegoísmo resplandece más en la ética jurídica que en la moral, ya que ésta es unilateral, mientras que el derecho es esencial y formalmente bilateral. Si uno, por compasión, socorre a un indigente, éste es puro objeto de la acción y no es necesaria su reciprocidad, aunque sólo sea el agradeciendo por haber sido socorrido. La acción moral del pri-

mero queda completa en sí misma, aunque resulte que el segundo es un millonario travestido de indigente.

No pudiendo, por razones inapelables de espacio y tiempo, analizar más la alteridad o intersubjetividad jurídicas, permítame el paciente lector remitirlo a Martin Buber², a Laín Entralgo³, a Emmanuel Levinas⁴ y, modestamente a mí mismo⁵.

La alteridad matrimonial, decíamos más arriba, es la más enérgica, puesto que es heterosexual y el hetero, el otro más otro, y, por tanto, más enriquecedor, del varón es la mujer y de ésta el varón. Es claro que tan hombre es la mujer como el varón⁶ y que el hombre matrimoniable lleva en sí, si se entiende correctamente, una cierta bisexualidad⁷, una capacidad de perfeccionarse en la íntima unión matrimonial, ejercitando el dinamismo de la recíproca relación heterosexual⁸. El matrimonio no es dos personas unidas, sino la unidad vital y enriquecedora de dos personas de distinto y complementario sexo⁹.

El matrimonio como unión íntima viene descrito en el n.º 48 de la *Gaudium et Spes* como «la íntima comunidad conyugal de vida y amor»¹⁰.

La alteridad o intersubjetividad constituye la estructura formal esencial lógica y deontológica del derecho. En su estructura formal derecho y justicia coinciden. Bajo el aspecto lógico la alteridad descubre la juridicidad en cuanto forma de múltiples contenidos. No existen contenidos jurídicos, objetivos materiales jurídicos, fuera y al margen de la forma. Bajo el aspecto deontológico o ético el deber ser, la justicia, sólo es perfecta como ideal, pero es, a la vez, criterio práctico de la mayor o menor

² MARTIN BUBER, *¿Qué es el hombre?*, Brevarios del Fondo de Cultura Económica, México-Buenos Aires 1964, p. 153.

³ PEDRO LAÍN ENTRALGO, *Teoría y realidad el otro*, 2 tomos, Revista de Occidente, Madrid 1961.

⁴ EMMANUEL LEVINAS, *Entre nosotros*, Pre-textos, Valencia 1993, p. 299.

⁵ LUIS VELA, *El Derecho Natural en Giorgio Del Vecchio*, Universidad Gregoriana, Roma 1965, p. 408; *Lo formal y lo trascendente en la filosofía de Giorgio Del Vecchio*, Madrid 1965, p. 90.

⁶ LUIS VELA, «La relación varón-mujer», *Misión Abierta*, Madrid 1976, p. 191.

⁷ CHARLOTTE WOLFF, *Bisexualidad*, Plaza Janes, Barcelona 1978, p. 239.

⁸ ABEL JEANNIÈRE, *Antropología sexual*, Ed. Estela, Barcelona 1966, p. 319.

⁹ LUIS VELA, «El matrimonio como sacramento», *Temas fundamentales en el Nuevo Código*, Universidad de Salamanca, p. 305-323.

¹⁰ Vaticano II, Const., *Gaudium et Spes*, n.º 48. En este número, en el 47, y en los siguientes hasta el 52 inclusive, se ofrece una doctrina netamente personalista, que sirve de base e inspiración al Nuevo *Codex*, tan ricamente distinto del Código anterior, mucho más naturalista.

justicia, ajustamiento, entre los sujetos personales de la relación jurídica. Concepto e idea o valor son inseparables. Una relación totalmente injusta no es ni puede ser jurídica. *Lex iniusta non est lex*. La alteridad es libertad respetuosa. Es reconocimiento obligatorio y fecundo de la igual dignidad de las personas que se «alteran», viendo cada yo otro yo en cada tú y descubriendo con gozo la esencial solidaridad del Nosotros. Este Nosotros adquiere una especial significación y fuerza en el Hombre, varón-varona, del matrimonio.

La Justicia, en cuanto virtud cardinal de las demás virtudes cardinales, según lo vio el genio de Platón, es la *virtus ad alterum*, la *hominis ad hominem proportio*; y siendo la virtud, como vio San Agustín, *ordo amoris*, la justicia es amor bien repartido¹¹.

LA ALTERIDAD MATRIMONIAL EN EL NUEVO CÓDIGO

Advirtamos, ya desde el principio, que el matrimonio es una institución jurídica, no porque se ocupe de ella la ley, sino que la legislación positiva, en nuestro caso la de la Iglesia Católica occidental, protege esta institución por ser en sí misma esencialmente jurídica, y lo es por su forma esencial interna, la intersubjetividad objetiva, esencia metafísica del derecho. Esta esencia se realiza del modo más perfecto en el matrimonio: dos personas de distinto sexo y, por tanto, las más «otras» y complementarias, que se dan y aceptan en perfecta reciprocidad y en la riqueza actual y potencial de sus personalidades unidas para formar una unión exclusiva y perpetua de vida y amor. Esta unión (*una caro*) íntima de vida como amor y de amor como vida es también una vinculación justa y ajustante, un verdadera entidad normativa¹², que religa por igual (igualdad de deberes y derechos) a los dos cónyuges formando el *coniugium*. Este vínculo intersubjetivo, interpersonal y, por tanto, objetivo, ya que supera y trasciende cada subjetividad aislada, no puede no causar efectos jurídicos reconocidos y protegidos por la legislación positiva.

¹¹ SAN AGUSTÍN, *De civitate Dei*, 15, 22. Escribe: «El amor, que hace que se ame bien lo que debe amarse, debe ser amado también con orden, y así existirá en nosotros la virtud, que trae consigo el vivir bien. Por eso me parece que la definición más breve y acertada de virtud es ésta: la virtud es el orden del amor.»

¹² LUIS CENCILLO RAMÍREZ y ELOY RODRÍGUEZ NAVARRO, *Filosofía fundamental*, t. I, Syntagma, Madrid 1968, pp. 351-355.

El canon 1055 § 1, primero del título VII «Del Matrimonio», comienza: «La alianza matrimonial.» Revela una profunda y específica alteridad¹³. Coincide con el «contrato matrimonial» del párrafo 2.º, como aclara expresamente la Relatio 1981, páginas. 244-245. «Contrato» es formalmente alteridad. De ello nos ocuparemos en el comentario al canon 1057, el principal de todo el tratado. Continúa el canon 1055 § 1: «por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida». El consorcio es la unión misma matrimonial, el matrimonio mismo, causado por un solo varón y una sola mujer (sentido esencial, aunque parcial, de la unidad como propiedad esencial de matrimonio, de la que habla el c. 1056). «Varón y mujer», heterosexualidad, como la forma más enérgica y enriquecedora de la alteridad personal, según venimos repitiendo. Adelantamos, sin examinarlo ahora, que la homosexualidad, al menos la que supere en el cincuenta por ciento a la heterosexualidad, constituye una incapacidad radical para el matrimonio, entrando de lleno, como veremos, al menos en el número 3.º del canon 1095. Importantísimo.

«Un consorcio de toda la vida» sólo es posible desde la correcta sexualidad, que es la alteridad heterosexual, en la que se manifiesta la doble polaridad complementaria de la estructura sexuada, esencialmente relativa, ya que la virilidad sólo tiene sentido desde y para la femineidad y viceversa¹⁴. A pesar de lo que indica el término «sexuado», separado, dividido, tal excisión busca, con finalidad intrínseca, la unidad, la unificación enriquecedora, la reconquista de la unidad perdida, según sugiere el conocido mito del andrógino en la República de Platón. De este modo, se explica y dinamiza el Uno, vocación y sentido de lo múltiple, como genialmente analiza Platón en su difícilísimo Parménides. Este proceso de integración vital («de toda la vida») no puede no ir dirigido «al bien de los cónyuges». Tal dirección es «por su misma índole natural», naturaleza no física, sino metafísica, que proclama la radical primacía del sujeto personal libre sobre toda clase de objetos. En esta primacía radica la esencia de lo ético-jurídico. Se trata, pues, de la naturaleza in-

¹³ Sobre el carácter intersubjetivo, alteridad, de la Alianza. Cf. PIER SCHOONENGER, *Alianza y creación*, Ed. Carlos Lohlé, Buenos Aires 1969, p. 185; E. SCHILLEBECKS, *Le Mariage*, Ed. Du Cerf, París 1966, p. 356; LUIS VELA, «La "communitas vitae et amoris"», en *El consentimiento matrimonial, hoy*, Salamanca 1976, pp. 91-113.

¹⁴ KARL JASPERS y otros, *Sexología del matrimonio*, Ed. Escuela, Buenos Aires 1966, p. 119; JULIÁN MARIAS, *Antropología metafísica*, Revista de Occidente, Madrid 1970, p. 318; FRANÇOIS DUYCKAERTS, *La formación del vínculo sexual*, Guadarrama, Madrid 1966, p. 289.

tersubjetiva del Hombre, persona ENTRE persona. El matrimonio tiene en sí mismo su propio sentido¹⁵ y su justificación. El matrimonio está constituido por los cónyuges. Los hijos no forman el matrimonio, aunque por su misma índole heterosexual, sea el lugar privilegiado para la procreación-educación de la prole. Para la sola procreación fisiológica no haría falta el matrimonio, y menos el uno y monogámico.

Para la simple generación no es estrictamente necesaria la heterosexualidad de la pareja, como sucede en algunos protozoarios. La *Gaudium et Spes* matiza muy oportunamente: «Por eso, si la descendencia, tan deseada a veces, faltare, sigue en pie el matrimonio, como intimidad y participación de la vida toda, y conserva su valor fundamental y su indisolubilidad»¹⁶. Por eso, el canon 1084 § 3 afirma que «la esterilidad no prohíbe ni dirime el matrimonio» y tan sólo «la impotencia antecedente y perpetua para realizar el acto conyugal (*impotentia coeundi*), tanto por parte del varón como de la mujer, ya absoluta ya relativa, hace nulo el matrimonio por su misma naturaleza (c. 1084 § 1)¹⁷.

Con el canon 1055 coincide substancialmente, aunque de forma minimalista y cicatera, el canon 1096 § 1 que, puesto que trata del conocimiento estrictamente necesario y esencial para que haya consentimiento matrimonial, incluye la alteridad. Es lamentable, sin embargo, que omita el *ad bonum coniugum* del canon 1055 § 1.

El canon 1057 es el canon-eje de todo el sistema matrimonial. La causa eficiente de la unión matrimonial es el consentimiento (alteridad formal) entre personas (ser esencialmente en relación y, por tanto, constitutivamente abierto a: alteridad) hábiles según derecho; hábiles, primariamente, en cuanto capaces de relacionarse (bilateralidad esencial de todo consentimiento) y hábiles según el derecho constitutivo natural, que es alteridad justa. Mucho más claro e importante es el párrafo 2, en el que se describe el consentimiento¹⁸. Voluntaria y libremente, por motivos específicamente matrimoniales, y quieren, porque se quieren, y se quieren y se aman por una elección del mismo Amor Infinito, un varón y una mujer (alteridad heterosexual) se dan y se entregan, se entregan y aceptan en

¹⁵ ALEJANDRO SEVILLA SEGOVIA, *El pensamiento de Herbert Doms*, Badajoz 1976, p. 352.

¹⁶ Vaticano II, *Gaudium et Spes*, n.º 50.

¹⁷ LUIS VELA, «Esterilidad, impotencia», *Diccionario de Derecho canónico*, Tecnos, Universidad Pontificia Comillas, Madrid 1989.

¹⁸ LUIS VELA, «Consentimiento matrimonial», *Nuovo Dizionario di Diritto Canonico*, Ed. San Paolo, Milano 1993. Cf. etiam, bajo otro aspecto: JOAQUÍN FERRER ARELLANO, *Filosofía de las relaciones jurídicas*, Estudio General de Navarra, Pamplona 1963, p. 409, y SALO ROSENBAUM, *La relación matrimonial*, Ed. Jims, Barcelona 1970, p. 351.

cruz, en perfecta reciprocidad construyendo el matrimonio. La entrega del varón (alteridad) se perfecciona y consume por la aceptación de la mujer, y la entrega de la mujer se hace entrega por la aceptación varón. La reciprocidad intersubjetiva es perfecta. Los actos de voluntad se hacen uno: consentimiento. Dos personas, en el más pleno y responsable ejercicio de su alteridad, son los sujetos agentes y los objetos-sujetos. Cada uno se hace del otro para formar la fecunda otridad del Nosotros matrimonial. Aparece un vida común en la que la virilidad quiere ser desde y para la feminidad y ésta para aquella. Se forma el Hombre matrimonial por la máxima función del varón-varona. El hombre-varón se perfecciona como hombre cuando a nivel de su consciencia plena, a nivel de su sub-consciente y al del in-consciente trata gozosamente de asimilar, dentro de su innegable virilidad, los valores complementarios del hombre-mujer. Y viceversa: cada uno ve la realidad actual y futura desde el otro. Y aquí entra, una vez más, la tentación de referirse a los numerosos tipos de homosexualidad estricta e inculpable, que sin mengua de la intocable dignidad del varón o de la mujer afectados, los hace incapaces para constituir un auténtico matrimonio, y añadiría más, para la misma vocación sacerdotal o religiosa, Quien no es perfectamente apto para el matrimonio tampoco lo es para aquellas vocaciones que exigen la máxima flexibilidad de trato con todas las personas. Duro, pero es así.

Que el consentimiento matrimonial sea esencialmente un contrato (alteridad) es innegable. También lo es que se trata de un contrato *sui generis* que no agota la riqueza matrimonial. Se trata, en efecto, del contrato-institución vital, más alterable que existe, puesto que se realiza entre un varón y una mujer heterosexuales, que son los que se intercambian causando el matrimonio, el vínculo conyugal con sus deberes-derechos. No se entregan, como se decía y algunos dicen todavía, deberes-derechos previos, sino que éstos son creados por el consentimiento mismo.

Toda alteridad, pero principalmente la matrimonial, incluye lo otro, al otro: la diferencia. Una diferencia relativa, relacional. Somos seres sociales; los cónyuges están llamados a la altísima vocación de una comunidad íntima y, sin embargo, cada persona es un misterio impenetrable, es un ser singular, todo un universo concreto. Es lo que puso de relieve tozudamente Kierkegaard contra el peligro del universo hegeliano¹⁹. Cada uno es una intimidad sólo conocida por Dios, sólo comunicable con Dios. De aquí el respeto absoluto que merece cada persona, de aquí su

¹⁹ JAMES COLLINS, *El pensamiento de Kierkegaard*, Brevarios del Fondo de Cultura Económica, México 1958, p. 325; V.E. FRANKL, *Psicoanálisis y existencialismo*, Brevarios, México 1952, p. 334.

carácter trascendente, que le impide una total alienación, de aquí la posibilidad y conveniencia de la mística, y de aquí, también la virtud del sexo²⁰. Otras diferencias intersexuales, que los psicólogos presentan como diferencias típicas de cada sexo²¹ son, en realidad, casi todas, fruto de la cultura, de la naturaleza cultural²². Una de nuestras tareas consiste en un diálogo responsable y abierto sobre qué tipo de hombre, varón y mujer, queremos forjar para el futuro. Nos encontramos en una aproximación intersexual, tejida de esperanza y de peligros.

En el canon 1058 entra, implícitamente, la alteridad. Por derecho, derecho natural interpersonal, pueden contraer matrimonio todos los capaces de establecer una unión íntima de vida y amor desde su consentimiento (alteridad) heterosexual (alteridad). El derecho positivo puede, por justas y graves causas, prohibirlo a algunos, radicalmente capaces, pero afectados por alguno o algunos de los impedimentos dirimentes. La prohibición que nacía de los impedimentos impeditivos, hoy, con toda razón suprimidos, era más moral que jurídica, puesto que no quedaba afectada la validez del matrimonio.

En el canon 1061 § 1 entra de lleno la alteridad. Exigiendo que la consumación se realice «de modo humano» se incluye el justo amor conyugal, síntesis armónica de amor interpersonal (alteridad) sexual y erótico. De no ser así, la consumación puede convertirse en la consumación del matrimonio. ¿Pueden algunos homosexuales realizar la verdadera consumación? No. Por falta de verdadera alteridad-diferencia. Así se explican los conflictos, las trampas y fantasías de los homosexuales tan sólo casados con una provisoria y aparente legalidad²³.

²⁰ JOSÉ DE VINCK, *La virtud del sexo*, Ed. Paulinas, Bilbao 1970, p. 306; Varios autores, *Misterio y mística del matrimonio*, L'Anneau d'or, Madrid 1960, p. 344.

²¹ LUCIUS CERVANTES, *Dios los creó, hombre y mujer*, Ed. Estela, Barcelona, 1963, p. 248.

²² MARGARET MEAD, *Sexo y temperamento*, Ed. Paidós, Buenos Aires 1961, p. 250; BRONISLAW MALINOWSKI, *La vida sexual de los salvajes*, Ed. Morata, Madrid 1968, p. 396.

²³ KRAFFT-EBING, *Psicopatía sexual*, Ed. El Ateneo, Buenos Aires 1955, p. 904. Sigue siendo la obra más importante y fundamental en estas materias. KARL JASPERS, *Psicopatología general*, Ed. Beta, Buenos Aires 1963, p. 973; SUE MARCH, *Liberación homosexual*, E. Pyramid, Barcelona 1977, p. 295; NANCY FRIDAY, *Sexo: varón*, Ed. Argos Vergara, Barcelona 1981, p. 313; A.M. KRICH, *Los homosexuales*, Ed. Cosano, Madrid 1966, p. 479; HANS GIESE, *El homosexual y su ambiente*, Ed. Cosano, Madrid 1965, p. 348; M. GAUDEFRY, *Estudios de sexología*, Ed. Herder, Barcelona 1968, p. 492; FRANK S. CAPRIO, *La homosexualidad femenina*, Ed. Constanza, México 1964; p. 318; WILHELM STEKEL, *Infantilismo psicosexual*, Ed. Imán, Buenos Aires 1954, p. 694; WILHELM STEKEL, *El fetichismo*, Ed. Imán, Buenos Aires 1952, p. 681; ALAN EBERT, *Hablan los homosexuales*, Ed. Martínez Roca, Barcelona 1979, p. 393.

En los diez cánones pastorales, 1063-1073, se recuerda constantemente y de diversas maneras, la necesidad de la primera y fundamental alteridad de la fe en Dios, de la fe en y de la Iglesia, del sacramento del Bautismo (con una esencial estructura de alteridad comprometida). Tratamos del matrimonio sacramental. No hay sacramento sin Bautismo, puerta de los demás sacramentos. No hay Bautismo sin fe prometida y comprometida. Las dificultades que plantea el § 2 del canon 1055, son relativamente accidentales, puesto que pueden darse, existencialmente, «entre bautizados»²⁴.

Por necesaria economía de tiempo y espacio, entre los impedimentos sólo voy a fijarme brevemente en el primero, el de edad, que trata de proteger la libre autonomía de los posibles cónyuges. El canon 1083 § 1, a pesar de numerosas y razonables peticiones en contra, reproduce el canon 1067 del Código anterior. Siguen los dieciséis años para el varón y los catorce para la mujer. Es claro que la mujer madura dos o más años antes que el varón. Llama la atención que para un compromiso tan serio y fundamental y tan definitivo en cuanto indisoluble (cc. 1056, 1141, 1142, 1143), ni siquiera se exija la mayoría de edad (c. 97 § 1). Extraña, asimismo, que para el matrimonio se requiera menor edad que para otros negocios jurídicos no más importantes y estables (cf. cc. 656, 658, 943, 1031, etc.). Lo indicado en el § 2 del canon citado no resuelve nada, puesto que afecta tan sólo a la licitud. Lo más extraño, aunque no carecen de valor las razones en contra, es que se exija, como mínima, la peor de las edades. Los adolescentes tienen menos estabilidad psicológica y afectiva que los niños un poquito mayores. Podríamos, entonces, decir que si un niño de doce años es incapaz para el matrimonio, al menos con incapacidad jurídica, con mayor razón (*a fortiori*) lo es un adolescente de dieciséis. De poco sirve recurrir a las precocidades de algunos. Hay que entrar en el peligroso juego de las presunciones. Celebrado un matrimonio entre dos adolescentes de dieciséis y catorce años, ¿qué ocurre si se va deteriorando su presunta alteridad, hasta el punto de que a los veinticuatro y veintidós años son real y existencialmente incapaces para el matrimonio? ¿Cedió la presunción *iuris tantum* a la verdad objetiva, o se

²⁴ FRANCISCO ALARCÓN ALARCÓN, *El matrimonio celebrado sin fe*, Obispado de Almería, Almería 1988, p. 303. Se trata de la tesis doctoral que el autor defendía el 19 de junio de 1987 en la Facultad de Teología de la Universidad Gregoriana de Roma.

trata de una rara, aunque posible corrupción de los elementos constitutivos del matrimonio?²⁵

En la característica inestabilidad de la adolescencia difícilmente puede darse la capacidad real para un consentimiento causativo de un vínculo tan estable y tan comprometedor como el matrimonial. En la edad en la que —permítaseme la expresión popular, al menos la asturiana, llena de comprensiva experiencia—, «los adolescentes no son ni carne ni pescado (*pescau*)» ¿se da la clara alteridad sexual (heterosexualidad) para una consumación «modo humano»? ¿No subyace, en el fondo, una concepción naturalista que pensábamos y queríamos como definitivamente superada en el Código de 1983? Ante los lamentables fracasos posteriores en tales matrimonios surge la sospecha de si no se dio ni pudo darse la alteridad responsable y necesaria, por ejemplo, para la educación de los hijos. Es más, considero a tales adolescentes como firmes candidatos a ser incluidos en los nn. 2 y 3 del canon 1095. Pero de éste trataremos, Dios mediante, en otro contexto más amplio. Lo interesante es que la falta de verdadera alteridad jurídica no puede ser suplida por derecho positivo alguno.

Dada su especial importancia y, a pesar de mi propósito inicial de sólo ocuparme del impedimento de edad (c. 1083), voy a hacerlo brevemente del de impotencia (c. 1084 § 1). Este tema, erizado de dificultades, está hoy más clarificado por toda la orientación personalista e intimista del Vaticano II, *Gaudium et Spes* especialmente, y por el Decreto de la Congregación para la Doctrina de la Fe, aprobado por S.S. Pablo VI el trece de mayo de 1977 y en el que, además de perfilarse el nuevo concepto jurídico de impotencia, se añade, como consecuencia del mismo, que no se requiere para la cópula conyugal la eyaculación de semen elaborado en los testículos y que la mujer que carezca de los órganos postvaginales debe considerarse potente. La impotencia fisiológica para la cópula constituye también una verdadera incapacidad para el consentimiento (c. 1057) en cuanto que éste, como todo acto humano, requiere esencialmente su objeto propio y específico. En la impotencia *coeundi* no puede ser aplicado el canon 1055 ni la consumación «modo humano» del canon 1061 § 1. La impotencia, es considerada con toda razón como un verdadero impedimento y es que constituye un ley positiva de la Iglesia (elemento formal de todo impedimento) basada en datos médicos (elemento material), pero teniendo

²⁵ LUIS VELA, «Indisolubilidad del matrimonio», *Razón y Fe*, 71 pp. 172-196; LUIS VELA, *Incapacidad psicológica para el matrimonio*, Curso de derecho matrimonial y procesal canónico, Universidad Pontificia, Salamanca 1982, pp. 125-139.

en cuenta la no necesaria coincidencia entre el concepto jurídico y el científico de impotencia.

Es clara la deficiencia de alteridad en la impotencia *coeundi*. La cópula conyugal unitiva y saciativa exige la suficiente alteridad-diferencia personal y orgánica. La alteridad-diferencia de los órganos sexuales es imprescindible para la unión, para que la correcta *commistio sexuum et carnis* produzca el *una caro* en que consiste el matrimonio. Queda patente aquí la proximidad de los conceptos de alteridad heterosexual y juridicidad formal esencial. El impedimento de impotencia constituye una radical incapacidad para que surja la juridicidad. El impotente carece, pues, de alteridad jurídica matrimonial.

En cuanto incapacidad para prestar el consentimiento (c. 1057) entra de lleno en el número 3 del canon 1095, en el que la imposibilidad para establecer relaciones intra e interpersonales es imposibilidad para la alteridad.

INCAPACIDADES PARA EL MATRIMONIO

Potencialmente todas las incapacidades se encuentran implícitas en el canon 1057, teniendo en cuenta el 1055 y 1056 y la concreción que en cuanto al conocimiento esencial mínimo exigido se encuentra en el canon 1096. El canon 1095 es una espléndida y deseada novedad del Código actual. Es perfectamente lógica la inserción de este canon 1095 después del personalismo del Vaticano II y de su decidida apertura a los temas fundamentales de la libertad, de los derechos fundamentales y de las aportaciones de las ciencias positivas, especialmente de la antropología, psicología y psiquiatría. En esta nueva, aunque el tema es tan viejo como el matrimonio mismo, dirección caminaba la mejor jurisprudencia postconciliar, que recibe ahora su confirmación en este nuevo canon. No se encuentran explícitamente incluidas en él todas las incapacidades, per sí implícitamente en cuanto que ninguna puede ser excluida y por su misma naturaleza no necesitan estar recogidas y enumeradas en el derecho positivo. Son de derecho natural primario. Deben tener esto muy en cuenta los jueces eclesiásticos para evitar estrecheces y ansiedades y para no prescindir de incapacidad alguna, aunque no encaje bien en fórmulas preestablecidas.

Una incapacidad relativa, ignoro por qué algunos la excluyen, que afecta directamente a la estructura esencial del matrimonio, es la falta de un

mínimo de correcta heterosexualidad. Esta incapacidad es relativa en el sentido esencial de relacional y sin ella no cabe la alteridad, la relación jurídica específicamente matrimonial, que exige alteridad-diferencia sexual y sexual como fuente y fundamento de una mutua integración unitaria y enriquecedora, de una interacción vital intersubjetiva y de una posibilidad de colaboración armónica en la generación y educación de los hijos. Formulada bien la heterosexualidad, la certeza moral de su ausencia comporta nada más y nada menos que la ausencia misma de juridicidad. Este planteamiento radical debe liberar a muchos de andar buscando otras calificaciones, acercándose al impedimento de impotencia o a otras figuras jurídicas. Tal matrimonio es inexistente por falta de juridicidad.

No todo trastorno o deficiencia sexual, falta de identidad, desintegración entre el sexo genético, gonádico y el sexo psicológico y social, etc., comporta claramente la falta de heterosexualidad suficiente, pero comporta siempre la inexistencia e invalidez del matrimonio por incapacidad, cuando tales trastornos imposibiliten la auténtica entrega y vida matrimonial. La continua y creciente alteridad-diferencia-unitiva.

Desborda los límites de un artículo el tratamiento de los principales trastornos psicosexuales e incluso su enumeración, por lo demás suficientemente conocida por todos los especialistas. Tan sólo los variados tipos de homosexualismo, homoerotismo y homofilia y sus grados, tanto en el varón como en la mujer, exigiría un elevado número de páginas. Voy a fijarme tan sólo en algunas figuras menos conocidas y no siempre bien precisadas. El no infrecuente infantilismo psicosexual por fijaciones en los adultos de la primeras etapas de la evolución antropológico-sexual presenta cuadros variadísimos. Los curiosos mecanismos de regresión, la polimorfía de algunos misófilos, el tipo de los eternos lactantes, la variedad de ciertas orgías, el interesante cuadro de la masa como niño, las variaciones de asociación entre infantilismo y paranoia, las exhibiciones como formas infantiles, la omnipotencia de ciertas fantasías oníricas y de asociación de pensamientos raros e irreconciliables, los diversos complejos y las nostalgias de senos y vaginas, etc., cierto tipo de neurosis obsesivas; merecen una atenta consideración en esta sociedad tan profundamente alterada en la que cada vez resulta más difícil la identidad sexual. En esta sociedad actual tecnológica y consumista, creadora de nuevos mitos cada vez más primitivos, anteriores incluso a los círculos más elementales de cultura, el fetichismo adquiere especial importancia²⁶. En la sociedad de la exaltación del se-

²⁶ ESTRELLA DE DIEGO, *El andrógino sexuado*, Ed. Visor, Madrid 1992, p. 216.

gundo y del tercer sexo²⁷, los símbolos sexuales y eróticos, los jeroglíficos fetichistas se multiplican. Mucho más próximo al fetichismo que al homosexualismo, hasta el punto de que el verdadero travestista no es homosexual, el travestismo irrumpe con fuerza especial²⁸. El abigarrado mundo del fetichismo simple y puro, es decir si no va acompañado de otros trastornos, no siempre comporta una verdadera incapacidad. Lo frecuente es que la declaración de nulidad del matrimonio venga por el capítulo del error doloso (c. 1098) e incluso por el error de cualidad redundante en la persona (c. 1097 § 2). Se dan casos, sin embargo, en que la otra parte, casi siempre la mujer (ya que estos trastornos son mucho más frecuentes y relevantes en el varón) comprende y acepta esas rarezas de su consorte y, evitando el influjo pernicioso en los hijos, se logra una unión suficientemente íntima y estable. La alteridad no queda seriamente afectada.

Mención aparte exigen por su especial dificultad, en realidad insoluble, la bisexualidad y el trassexualismo. Los problemas de identidad del género y de la orientación sexuada son muy complejos y en muchos casos concretos se trata de una verdadera incapacidad estructural y funcional absoluta y relativa. Siempre hay que atender a las bases biológicas, hormonales, etc., sin descuidar la importancia decisiva que tienen en la configuración posterior de la personalidad humana los condicionamientos culturales²⁹.

²⁷ J.M.^a CID-PRAT, *Problemas sexuales*, Ed. Petronio, Barcelona 1974, p. 233; VÍCTOR ZALBIDEA, *Confesiones secretas de un bisexual*, Ed. Sedmay, Madrid 1975, p. 206; WILLIAM TAYLOR, *El sexo intermedio*, Ed. Picazo, Barcelona 1976, p. 235; C.A. TRIPP, *La cuestión homosexual*, Ed. Leda, Madrid 1978, p. 318.

²⁸ JACQUES LOUIS DELPAL, *Los travestis*, Ed. Tropos, Madrid 1974, p. 123; *El libro de los travestis*, Ed. Actuales, Barcelona 1978, p. 159; JESÚS ALCALDE y RICARDO J. BARCELÓ, *CELTIBERIA GAY*, Ed. Personas, Barcelona 1976, p. 174; RAMIRO A. CALLE, *Sexo quebrado*, Ed. Dársena, Madrid 1971, p. 325; J. STONE, *Confidencias del sexo*, Ed. Altalbe, Barcelona 1980, p. 246.

²⁹ P. ANTOINE y OTROS, *Estudios sobre sexualidad humana*, Ed. Morata, Madrid 1967, p. 319; CARLOS A. AYARRAGARAY, *La sexología, la impotencia y la prueba del Congreso*, Ed. Losada, Buenos Aires 1966, p. 245; HELMUT SCHELSKY, *Sociología de la sexualidad*, Ed. Nueva Visión, Buenos Aires 1962, p. 171; WALTER SCHUBART, *Religion und Eros*, Munich 1941, p. 273; FRANCESCO BERSINI, *Il nuovo diritto canonico matrimoniale*, Elle Di Ci, Torino 1983, p. 223; LUIS VELA, «Incapacidad para el matrimonio», *Diccionario de Derecho Canónico*, Ed. Tecnos, Madrid 1989, p. 312-316; D. BARCIA, *Personalidad y conducta*, Ed. Toray, Barcelona 1982, p. 367; B. LEWIN, *Psicoanálisis de la exaltación*, Ed. Nova, Buenos Aires 1953, p. 234; J.J. LÓPEZ-IBOR, *Los equivalentes depresivos*, Ed. Paz Montalvo, Madrid 1972, p. 311.

La capacidad para alterarse, para salir hacia el otro, es capacidad de relación, de justicia y de amor, de amor justo. Quien se queda encerrado en sí mismo, egoísta o solipsista, quien prácticamente no es capaz de un amor libre y generoso, el amoral, no puede adquirir la conciencia ética, moral y jurídica, de la obligatoriedad; no sintiéndose obligado por norma alguna superior a las puras entidades reales sensibles, mucho menos podrá poner un consentimiento, acto religioso, ético-moral y ético-jurídico, por el que se obliga a realizar algo tan rico y tan difícil como la unión conyugal. Los valores superiores, los más ligados a la libertad creativa, los valores religiosos, éticos y los estéticos superiores, no pueden ser captados y valorados por la pura inteligencia teórica y práctica. La inteligencia no es libre ni creativa. En consecuencia puede uno gozar de amplísima capacidad intelectual, no estando, en modo alguno, incluido en el canon 1095 § 1, y estarlo de lleno en el § 2³⁰.

Dada la riqueza interna del matrimonio, su trascendencia social y su carácter esencialmente interpersonal (alteridad recíproca) tan íntimo y vital, la capacidad para consentir (*sentire cum*) exige la suficiente madurez para establecer un compromiso estable (c. 1096) y monógamo que comporta un haz de obligaciones y derechos muy serios y definitivos. El consentimiento matrimonial es un querer ahora para el futuro y un futuro con exigencias estrictas de justicia en las que se juega la felicidad de otra persona y la de los posibles hijos. El consentimiento matrimonial exige, junto con una capacidad actual para valorar y estimar los elementos constitutivos esenciales del matrimonio, la capacidad de un desarrollo futuro para poder captar los esenciales aspectos religiosos, morales y jurídicos de la vida matrimonial. Esta capacidad se presume, pero con presunción *iuris tantum*. Si en el matrimonio entre dos bautizados católicos o recibidos en la Iglesia católica, la sacramentalidad responsablemente admitida es fuente de especial firmeza de las dos propiedades esenciales, indisolubilidad y unidad (c. 1056) y de deberes y derechos específicos, nadie debe contentarse con la simple no exclusión positiva prevalente de la sacramentalidad, sino que debe darse un mínimo de fe teologal (alteridad trascendente), eclesial y canónica³¹, sin las

³⁰ PHILIPP LERSCH, *La estructura de la personalidad*, Ed. Scientia, Barcelona 1962, p. 620; JEAN LOCROIX, *El personalismo como anti-ideología*, Ed. Guadiana, Madrid 1973, p. 207.

³¹ LUIS VELA, *El matrimonio como sacramento*, Temas fundamentales en el nuevo Código, Universidad Pontificia de Salamanca 1984, pp. 305-323; LUIS VELA, «Hacia una nueva concepción teológico-jurídica de la institución matrimonial», *Studium Legionense* 16, León 1975, pp. 161-189.

cuales la específica sacramentalidad canónica quedaría convertida en un puro automatismo impersonal. La misma identidad que, entre bautizados, se da entre contrato y sacramento (c. 1055 § 1) convierte al contrato en sacramental, lo que hace que la sacramentalidad se mida desde la tipicidad del contrato. Es claro, por ejemplo, que el niño apto de suyo para ser ordenado válidamente sacerdote, no lo es para un sacerdocio como estado canónico público y que el bautismo mismo recibido en la infancia exige para sus efectos canónicos, para algunos, una posterior madurez y una responsable asunción desde la fe de todos los deberes-derechos que comporta. El hablar de una sacramentalidad matrimonial sin un mínimo de fe personal y responsable es reducir las entidades ético-jurídicas a entidades cuasi-físicas y es interpretar el *ex opere operato* como algo automático en el que, si no se da la conexión del *ex opere operantis*, del sujeto personal, no puede obrar, y no por falta de potencia, que es infinita, sino por la falta de un supuesto querido por el propio Dios.

Entendida así la debida discreción de juicio es fácil adivinar que la presunción que obra en el impedimento de edad (c. 1083) puede verse frecuentemente desmentida por hechos posteriores. Y es, asimismo claro que contra el automatismo que algunos quieren ver en el Derecho canónico desde su base romana, cede el paso a una visión más dinámica y humanamente más lógica y coherente.

El número 3 del canon 1095 supone una fuerte y deseada novedad respecto del Código del 17 e incluso de gran parte de la tradición canonística. Se trata de una concepción mucho más científica y humana que concede, desde el esencial dinamismo señalado, una cierta retroactividad. Es claro que nadie puede obligarse de verdad a aquello que no es capaz de cumplir. No a aquello que de hecho no cumpla. De esta forma se supera un rígido subjetivismo en la concepción del *consensus*, cuya fuerza real sólo puede demostrarse *a posteriori* con la capacidad objetiva para cumplir los compromisos que incluye. Entra en este tercer número la capacidad efectiva de la dimensión afectivo-volitiva de la persona. Entra de lleno la capacidad para alterarse, para establecer relaciones intra e interpersonales. Entra la capacidad jurídica, porque el derecho es relación interpersonal objetiva. Entra el amor-justicia³². Quedan aquí incluidas todas las formas patológicas y psicopatológicas

³² LUIS VELA, «De Personalismo in iure matrimoniali novi Codicis», *Periodica de re mor. et can.*, Pontificia Universitas Gregorianna, Romae 1990, pp. 37-67; LUIS VELA, «Amor et Iustitia in matrimonio», *Periodica de re mor. et can.*, Romae 1980, pp. 481-503.

de la misma personalidad de fondo. Son casos en los que es la persona misma la que padece la patología. Se trata de personas incapaces de autodonarse, de salir de sí mismas hacia otra persona de sexo distinto y complementario; de personas incapaces para establecer una íntima comunión de vida y amor estable y monógama³³. Aquí, para usar de un sencillo ejemplo, no se trata de ser capaz de entender, comprender, valorar y estimar el valor de una pintura artística, sino de realizarla. Por eso no parece exacto lo que suele decirse de que el matrimonio es un institución a la que se entra por un contrato. Indudablemente es institución divina primaria y básica, alumbrada y enunciada por la específica alteridad de la Alianza y la prestación del consentimiento tiene forma, muy *sui generis*, contractual, pero el matrimonio concreto y existencial, la totalizante y englobadora vocación matrimonial la tienen que realizar en cada momento Javier y Merche mediante una ininterrumpida «alteración», saliendo el uno hacia la otra, la una hacia el otro y convirtiendo la «otridad» en unión íntima de vida y amor.

El amor justo y respetuoso, la *virtus ad alterum*, la justicia, virtud cardinal eje de todas las demás, como vio Platón, es la virtud-valor esencial del derecho³⁴. La justicia es relación interpersonal, principio de coordinación objetiva entre sujetos personales, es, según la bella expresión de Dante *hominis ad hominem proportio*³⁵. Sólo así surge la *humanitas* y lo «humano» incluye por naturaleza en sí mismo la juridicidad y la exige como momento suyo necesario e indeclinable.

La objetividad de la justicia es intersubjetividad. No es objetiva en el sentido un tanto ingenuo de Aristóteles y de los aristotélicos³⁶, que ponen en el objeto material la igualdad proporcional exigida en todo intercambio. ¿Qué igualdad material existe entre Las Meninas de Velázquez, que no tienen precio, y todas las fábricas de automóviles del mundo con que se intenta comprarlas? La sola proporcionalidad es formal y radica en la libre coincidencia del juicio estimativo de las dos partes contratantes. En el matrimonio todo es mucho más rico y sutil. Es el amor, puro regalo y gracia inmerecida, el que iguala dentro de la alteridad sexuada y sexual-erótica: alteridad radical y, por tanto, enriquece-

³³ GEORG SCHERERK, *Nueva comprensión de la sexualidad*, Ed. Sígueme, Salamanca 1968, p. 314; GEORG SIMMEL, *Cultura femenina y otros ensayos*, Ed. Austral, Buenos Aires 1946, p. 168; GREGORIO MARAÑÓN, *Don Juan*, Ed. Austral, Madrid 1955, p. 169.

³⁴ LUIS VELA, «Teología y Derecho canónico», en *Ius Canonicum*, 1999, volumen especial en honor del profesor Javier Hervada, pp. 97-111.

³⁵ DANTE, *Monarchia*, L. II, C. V, 1.

³⁶ ARISTÓTELES, *Ethica Nicomachea*, 1132 b.

dora. Aquí se nos presenta, una vez más, el delicado problema del homosexualismo.

En el homosexualismo verdadero, constitutivo e incurable, no se da la específica alteridad matrimonial. El que ciertas uniones homosexuales de hecho puedan gozar de cierta protección legal y obtengan beneficios sociales, económicos, etc., parecidos o iguales a los de las uniones matrimoniales nos parece equitativo, pero el que, en cuanto tales, pretendan figurar como uniones matrimoniales, constituyen un superficial nominalismo carente de toda base ontológica. Ni siquiera se trata en ambas uniones de términos análogos, sino equívocos. E incluso tal equiparación impuesta por ley puede violar la libertad de elección de tales parejas, que nos merecen todo respeto.

La verdadera y fecunda alteridad se da en el hombre mismo en cuanto varón y mujer. Sólo por esta alteridad se da la maravillosa novedad creativa del matrimonio como *coniugium* perfectivo y como generosa apertura a los posibles hijos. La posibilidad de los hijos es esencial al matrimonio en cuanto contenida en la potencia, no contando la esterilidad³⁷. El auténtico homosexualismo no da cabida a la alteridad.

La Resolución del Parlamento Europeo del 8 de febrero de 1994 recomienda en su número 14 la obligatoria armonización de las legislaciones de los estados miembros acerca de la igualdad de derechos de los homosexuales. Esta propuesta fue mayoritariamente rechazada por la Cámara, aprobándose, finalmente con una oposición bastante amplia³⁷.

La afirmación de que la aceptación social de la homosexualidad constituye un signo de los tiempos nos llevan a preguntarnos, dado el insulso positivismo actual, sobre si «los signos de los tiempos» coinciden con «los signos de Dios en los tiempos». Es muy distinto. Hay que respetar el fundamental derecho a la diversidad. Sólo así se hace justicia a la ALTERIDAD y a otras alteridades alterantes.

³⁷ De los 518 diputados del Parlamento Europeo participaron en la votación sólo 273, de los que votaron a favor 159, 98 votaron en contra y 18 se abstuvieron.