

BOLETIN CANONICO

EXPOSICION Y DISCUSION DE LOS PRINCIPALES PUNTOS DE DERECHO
CANONICO TRATADOS EN LA PRENSA TECNICA

POR perfecto que haya salido el nuevo Código de derecho canónico, y en realidad es una obra maestra, no ha podido menos de dar margen a no pocas dudas sobre su alcance, que han ido apareciendo a medida que ha sido preciso aplicar sus disposiciones a muy variados y complejos casos. Al requerir, para su solución, las luces de los canonistas de más nombradía en las diversas naciones, pronto se descubrió la falta de uniformidad de criterio respecto al sentido que se debía dar a determinados cánones. Esta diversidad de pareceres acuñó más el deseo de esclarecer las cuestiones propuestas y dió origen a muy variados y eruditos escritos, que se publicaron principalmente en la Prensa técnica periódica avalados con las firmas de los más peritos canonistas.

Siendo propio de estos Boletines dar una idea del movimiento científico en las diversas ramas de las ciencias eclesiásticas, nada nos ha parecido más oportuno, respecto a la ciencia jurídica, que ofrecer a nuestros lectores una síntesis de los principales estudios que se han publicado en las revistas técnicas de diversas naciones, añadiendo de paso en cada una de las materias el modesto parecer del que suscribe. Más que en los libros, publicados durante una época determinada, o, si se quiere, antes de que en ellos cristalice, aparece el estado de desenvolvimiento de cada ciencia en las disertaciones y discusiones expuestas y sostenidas en las revistas técnicas. Éstas se limitan en general a lo más saliente, a lo más práctico, a lo más dudoso, a aquello que significa un avance en la respectiva ciencia. Los libros vienen luego a recoger el fruto de estos estudios previos y lo incorporan al cúmulo de conocimientos que sobre la materia se han ido adquiriendo.

Fruto práctico de tales estudios de la Prensa técnica ha sido, no

sólo el mayor esclarecimiento de los fundamentos mismos del derecho en las diversas instituciones jurídicas, sino también el preparar la solución auténtica de los puntos dudosos por medio de las subsiguientes disposiciones de la potestad legislativa. Dado el sistema tan expedito que para ese fin tiene establecido la Iglesia, lo que se echa de menos en las legislaciones civiles con no poco detrimento del bien público, ha sido posible solventar auténticamente y con rapidez gran parte de las cuestiones suscitadas sobre los diversos cánones, que hasta el presente han sido objeto de estudio por las dudas a que daban lugar.

Como es tan amplio el material que hemos de presentar en este Boletín, aun limitándonos principalmente a lo publicado *en el año 1928*, lo clasificaremos por grupos reduciéndolos en lo posible a pocas materias. He aquí los grupos generales a que reduciremos los distintos trabajos:

- I. *Sacramentos*: matrimonio; penitencia; eucaristía; orden.
- II. *Ministerio parroquial*: Misa pro populo; ius funerandi; cesación de los párrocos; penas de los párrocos; diversos derechos de los mismos.
- III. *Derecho capitular*: servicio coral; diversas cuestiones.
- IV. *Religiosos*: confesores de religiosas; bienes temporales; año de noviciado; votos; salida de la religión; régimen de la religión; servicio militar de los religiosos; estudios varios sobre: la vocación religiosa; la costumbre en la religión; los privilegios; exención de los regulares de la visita episcopal; leyes penales; congregaciones de derecho diocesano.
- V. *Derecho procesal y penal*: recurso de nulidad; recurso contra el auto denegatorio de la demanda; denegación de la demanda en el proceso criminal; restitución *in integrum*; jurisprudencia de la Rota Romana sobre el delito de injuria y difamación.
- VI. *Legislación civil eclesiástica*: el nuevo Código penal español; el banco en la iglesia, según las diversas legislaciones extranjeras; índice de textos legales canónicos supletorios de los catalanes; la responsabilidad criminal de las personas jurídicas; derecho y voluntad; Estado jurídico y Estado ético; concepto del derecho corporativo; fundamento del principio *ignorantia iuris non excusat*; conferencia internacional de Roma para la protección de las obras literarias y artísticas; diversas disposiciones jurídicas españolas sobre: impuestos; pres-

tación del servicio militar y otras personales del clero; matrimonio; inhumación ilegal; diversidad de nombres en la partida de bautismo y en la del registro civil.

VII. *Concordatos*: naturaleza jurídica del concordato; convención con la República de Portugal; concordato con la República de Lituania; *modus vivendi* con la República Checoslovaca.

VIII. *Varios estudios canónicos* acerca de: la promulgación y obligatoriedad de las leyes; la cesación de la ley *ab extrinseco*; la noción de la dispensa eclesiástica; la *quiescencia* en el Código de derecho canónico; las costumbres; la noción del privilegio; la distinción entre el privilegio personal y real; la *equidad* en el Código de derecho canónico; la *epiqueya*; la noción de *orden público* en derecho canónico; la personalidad jurídica; las solemnidades de los actos jurídicos; el efecto jurídico de las consultas exigidas por el c. 105; la obediencia que los clérigos deben prestar al Ordinario; quiénes vienen bajo el nombre de *Prelados* en el Código de derecho canónico; los que, *sede vacante*, gobiernan el Vicariato o Prefectura Apostólica; reducción de Misas.

Ponemos a continuación la lista de las diferentes revistas, que hemos tenido presentes para este trabajo, añadiendo a cada una la sigla con que las citaremos, y también la lista de los autores a cuyos artículos nos referimos, añadiendo asimismo la indicación de la revista o revistas en que han escrito.

Revistas

Angelicum = Agl. — *Antonianum* = Ant. — *Apollinaris* = Apl. — *Collationes Brugenses* = CB. — *Collectanea Mechlinensia* = CM. — *Ephemerides Liturgicae* = EL. — *Il Diritto Ecclesiastico* = IDE. — *Il Monitore Ecclesiastico* = IME. — *Ilustración del Clero* = IC. — *Ciencia Tomista* = CT. — *Scuola Cattolica* = SC. — *Nouvelle Revue Théologique* = NRTH. — *Periodica de re Morali, Canonica, Liturgica* = PMCL. — *Reseña Eclesiástica* = RE. — *Revista Eucarística del Clero* = REC. — *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* = RGLJ. — *Revista Jurídica de Catalunya* = RJC. — *Revue des Communautés Religieuses* = RCR. — *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* = RIFD. — *Sal Terrae* = ST.

Autores

ALONSO, S., O. P. (CT). — AMBROSIO, F. D' (Apl). — ANGELO, S. D' (Apl). — ARENDT, G., S. J. (PMCL). — AZARA, A. (IDE). — BADI, C. (IDE). — BATTISTINI, P., C. M. (EL). — BROUILLARD, R., S. J. (RCR). — BRYN, J. (CB). — C. F. (IME). — CALLEWAERT, C. (CB). — CAMMARATA, A. E. (RIFD). — CLAES, J. (CM). — CORNAGGIA, L. (IDE). — CORREJA DE SILVA, A., O. M. (Apl). — COUCKE, V. (CB). — CREUSEN, J., S. J. (NRTH-RCM). — FAMELL, F. (IME). — FANFANI, M. L. (IME). — F. REGATILLO, E., S. J. (ST). — I. C. (IDE). — GALTIER, F., S. J. (PCML). — G. BAYON, J., C. M. F. (IC). — GIANNINI, A. (IDE). — GILLET, P. (CM). — GIUSEPPE, A. DI S., C. S. (IME). — GONZÁLEZ, M. OB. DE MÁLAGA (REC). — GOUGNARD, A. (CM). — HOCEDEZ, E., S. J. (NRTH). — HOVE, A. VAN (NRTH). — HUGON, E., O. P. (Agl). — ITURBE, R. DE, C. M. F. (IC). — JANNACCONE, C. (IDE). — JANSSENS, J., S. J. (RCR). — JARRE, C., O. F. M. (Ant). — JOMBART, E., S. J. (RCR). — L. S. (IME). — LAGHI, L. (IDE). — LARRAONA, A., C. M. F. (Apl). — MAROTO, F., C. M. F. (Apl). — MARTÍNEZ, J. A. (RGLF). — MASPONS, F. (RJC). — OJETTI, B., S. J. (PMCL). — OTTAVIANI, A. (Apl). — P. A. J. (IME). — PARISI, C. (IME). — PASQUAZI, I. (Apl). — PERGOLES, F. (RIFD). — PICARD, R. LE (NRTH). — RAMOS, D., C. M. F. (IC). — REDANO, H. (RIFD). — ROBERTI, F. (Apl). — S. B. (IME). — S. F. (PMCL). — SACCONI, V. (IME). — SCHUPPE, W. (RIFD). — SEMPELS, V. (CM). — STOLFI, N. (RIFD). — SUÁREZ, M. (CT). — T. B. (IME). — VERMEERSCH, A., S. J. (PMCL). — VIGLINO, C. (IDE). — VILA J., OB. DE GERONA (IC-REC).

I. SACRAMENTOS

I. *Matrimonio.*

Indicaremos a continuación las materias que sobre este sacramento vamos a exponer:

a) Estudios generales: alcance del concepto de impotencia como impedimento dirimente; obligación de revelar los impedimentos matrimoniales; valor del matrimonio en caso de bautismo dudoso; amonestaciones o proclamas matrimoniales.

b) Comentarios a las respuestas de la Comisión de Intérpretes:

dispensa de impedimentos en casos de urgencia (c. 1045, § 3); matrimonio en ausencia del párroco o del Ordinario del lugar (c. 1098); presencia pasiva del párroco en los matrimonios mixtos (c. 1102, § 1); subdelegación para asistir al matrimonio (c. 1096); causas matrimoniales de los acatólicos (cc. 87, 247, § 3).

Alcance del concepto de impotencia como impedimento dirimente

En la autorizada revista *Il Diritto Ecclesiastico* se sostuvo durante el año 1928 una viva controversia sobre el verdadero concepto de *impotencia* como impedimento dirimente del matrimonio. Intervinieron en la lid de una parte, el que se firma con las iniciales I. C. y también G. C., que fué quién lanzó la idea tan discutida; de otra, el canónigo Dr. Alberto Toso, Director de la revista *Ius Pontificium*. Han intervenido en favor del segundo, pero con teorías distintas, Mons. Luis Cornaggia y C. Viglino. Parte en favor del primero y parte en contra, pero en contra de las teorías de los dos últimos, el Profesor de la R. Universidad de Roma, César Badii.

La tesis que sostiene el Dr. I. C. es la siguiente: Se ha de tener como impedimento dirimente del matrimonio, no sólo la impotencia *coeundi*, sino también y principalmente la impotencia *generandi*. O, lo que es lo mismo, para ser potente en orden al matrimonio no basta la capacidad de verificar la cópula, sino que se requiere, además, que por ambas partes exista la capacidad de suministrar los elementos propios de la generación, semen y óvulo.

Contradice A. Toso limitando el impedimento de impotencia a sola la impotencia *coeundi*.

El Dr. I. C. explica lo que entiende por impotencia *coeundi* y *generandi* del siguiente modo:

«En efecto, el hombre puede ser impotente para la *erectio penis*, impotente para la *penetratio vaginae*, impotente para la *ejaculatio spermatis*; de semejante modo, la mujer puede ser impotente *ad recipiendum penem in vagina*, impotente *ad transmittenda spermatozoidea*, impotente *ad emittenda ovula*.» Y añade luego: «La impotencia es de una sola especie: la *generativa*, la cual toma el nombre de *impotencia coeundi* en los primeros grados, cuando se refiere a aquellos primeros actos que en orden de tiempo son necesarios para realizar el fin del matrimonio, aunque no sean tan próximos al mismo fin» (1).

(1) *IDE*, 1927, p. 397.

Se ve, pues, que I. C. entiende por impotencia *coeundi*, respecto al hombre, sola la incapacidad *ad erigendum penem et penetrandam vaginam*, y respecto a la mujer, la *ad recipiendum penem in vagina*. De suerte que excluye de la impotencia, así llamada, el tercer acto, o sea, la *eiaculatio seminis* del hombre.

Como el Rdo. A. Toso, al impugnar la tesis sentada por I. C., no hace la menor observación sobre la definición que de *impotentia coeundi* da su contrincante, parece con eso darla por buena. En este supuesto habremos de atribuir al Rdo. A. Toso la siguiente proposición: todo hombre capaz *erigendi penem et penetrandi vaginam*, aunque no pueda emitir semen, tiene *potentia coeundi*; y como sostiene que sola la *impotentia coeundi* dirime el matrimonio; luego todo hombre, *con tal que tenga esa potencia*, así definida, es hábil para contraer válidamente matrimonio (1).

Respecto a la mujer: Para A. Toso, serán hábiles todas las capaces *recipiendi penem in vagina*; para I. C., sólo aquellas que, además de esa capacidad, puedan transmitir el semen hacia el útero y trompas falopianas y emitir óvulos.

Razones en que I. C. apoya su tesis:

«La impotencia dice *esencialmente* relación a alguna cosa: impotente ¿para qué cosa? Respecto al matrimonio, impotente para conseguir *su fin natural*, que es la generación de la prole. Aunque la impotencia pueda tener *varios grados*, puesto que el individuo puede ser más o menos impotente, la impotencia se refiere siempre a la *procreación*» (2). O sea, el *impedimento* de impotencia tiene *toda su razón de ser* precisamente y únicamente en cuanto denota la *incapacidad* del hombre o de la mujer *en orden a la procreación*. Continúa: «La impotencia, pues, se refiere *directamente* al fin del matrimonio, *indirectamente* a aquellos actos que son los medios *normales* para obtenerlo» (3).

Confirma su aserto con las siguientes prescripciones canónicas:

«El c. 1013, § 1, dice: «Matrimonii finis primarius est *procreatio* atque *educatio proliis*, secundarius est *mutuum adiutorium et remedium concupiscentiae*.» — El c. 1082, § 1, proclama: «Matrimonium esse societatem permanentem inter virum et mulierem *ad filios procreandos*.» — El fin, pues, objetivo, el *finis operis* del matrimonio, según

(1) No hemos podido haber a las manos la revista *Jus Pontificium*, en cuyos fascículos 2 y 3, de 1927, publicó sus *Observationes quaedam* el Rdo. A. Toso; así que tomamos su doctrina de los textos que de él copia I. C. en su artículo de respuesta a Toso, publicado en *IDE*, 1928, pp. 236-251. — (2) *IDE*, 1927, pp. 396, 397. — (3) *IDE*, 1927, p. 397.

reza también el derecho canónico, no es la *cópula* de los cónyuges, sino la *procreación de la prole*. — Además, el c. 1081, § 2, declara cuáles deben ser los actos a que está ordenado el matrimonio y a los que se refiere el derecho de los cónyuges: «Ius in corpus, perpetuum et exclusivum, in ordine ad actus per se aptos ad prolis generationem»..... (1). — Por los cc. 1081, § 2 y 1082, § 1, la relación *habitus ad proles generationem*, ad filios procreandos, está admitida como una relación *esencial* y propia «actuum ob quos partes ius mutuo sibi tradunt» (c. 1081, § 2), como una relación *esencial* y propia «societatis permanentis qua vir et mulier matrimonium ineunt» (c. 1082, § 1)» (2).

Precisando más sus conceptos, añade I. C.:

«No se quiere decir con esto que todo matrimonio deba ser fecundo y toda *cópula* prolifera; pues una cosa es la *impotencia generativa* y otra la *esterilidad*; una cosa es la *inconsumación* del matrimonio y otra la *imposibilidad* de consumarlo..... (3). — Si la esterilidad es cosa diversa de la impotencia generativa, el impedimento de impotencia, de que habla el c. 1068, § 1, no puede ni debe restringirse a la sola incapacidad para el coito, sino que debe también comprender, con mayor razón, la incapacidad para engendrar la prole, a lo cual tanto el matrimonio como la *cópula* están ordenados» (4).

Y en otro lugar da a entender mejor la diferencia que hay entre ambos conceptos de *impotencia generandi* y *esterilidad*, por estas palabras:

«Se tiene la *impotencia coeundi* cuando existe la imposibilidad penetrandi vaginam vel recipiendi in ea recto modo membrum virile; se tiene la *impotencia foecundandi* o *conciendi* cuando, aun siendo posible la unión instrumental del hombre y de la mujer, está impedida *necesariamente* la función de la fecundación o de la concepción. — Cuando empero no sólo es posible que se verifique el coito, sino que es también posible que se encuentren el espermatozoide y el óvulo, sin que sobrevenga la fecundación o concepción, nos encontramos ante el hecho de la *esterilidad*, la cual, por lo mismo, no es una causa *perpetua* como la impotencia, sino que es siempre y simplemente un *efecto contingente*..... (5). — Me parece, pues, que se puede deducir como conclusión que el c. 1068, § 1, es genérico, y que, tanto en teoría como en la práctica, puede, y aun debe entenderse, al menos mientras la Iglesia no declare lo contrario, en el sentido de que comprende la *impotencia generativa*, la cual abarca dos variedades: la *impotencia coeundi* y la *impotencia foecundandi* o *conciendi*» (6).

Así expone y defiende su tesis el Dr. I. C. Veams cómo corrobora su punto de vista el Dr. A. Toso.

La impotencia, de que habla el c. 1068, § 1, para A. Toso es únicamente la *impotencia coeundi*, ya que el legislador no ha hecho

(1) IDE, 1927, p. 397. — (2) IDE, 1927, p. 403. — (3) IDE, 1927, p. 399. — (4) IDE, 1927, p. 401. — (5) IDE, 1928, p. 251. — (6) IDE, 1928, p. 251.

más que dar fuerza de ley a la opinión que antes del Código se había preformado con la adhesión común de los autores (1). Esto lo prueba con las respuestas dadas por el Santo Oficio en *Quebecen.* y *Westmonasterien.*, de 23 de julio de 1890 y 31 de julio de 1895 respectivamente, puestas en el Código como fuentes al § I (1) del citado c. 1068 (2).

Confirma su tesis con lo establecido en las *Regulae servandae* para los procesos sobre el matrimonio rato no consumado; según las cuales se ha de omitir como inútil la inspección corporal de la mujer, cuando conste con certeza de la desfloración, porque entonces se da por consumado el matrimonio. Lo cual no se podría afirmar, si para la validez del mismo se requiriese la existencia de los ovarios, porque en esa hipótesis, aun conocida la desfloración, tendría que procederse a la inspección corporal. De donde, ateniéndonos a lo establecido en el c. 1015, § I, según el cual se tiene por consumado el matrimonio si entre los cónyuges medió el acto conyugal, al cual, por su naturaleza, está ordenado el contrato matrimonial, y con el cual los cónyuges se hacen *una caro*, hay que sostener que también en la mujer *excisa* puede darse el acto conyugal, y por lo mismo ser válido y legítimo su matrimonio (3).

Por fin, el Dr. Toso, desenvolviendo más su pensamiento, viene a confesar que la tesis de su contrincante es «*nostrae aetatis inventis consentanea*» «*immo haec fortasse erit sententia quae progressu temporis in veteris locum succedat*», y que hoy es, «*speculative et theoretice sequenda*», pero en la práctica, de ninguna manera; «*in praxi nemo uti potest*», porque contra ella está la jurisprudencia constante de la Curia Romana (4).

Mons. Luis Cornaggia así expone su pensamiento, contrario en absoluto a la doctrina expuesta por I. C.:

«A mí me parece que el matrimonio no es, ante todo y sobre todo, una función destinada por la Providencia a la reproducción de nuestra especie, ni que su esencia consiste en la capacidad de procrear, de suerte que cuando esa capacidad no exista, no pueda haber matrimonio, y aquel y aquella a quienes les falte sean inhábiles para contraerlo, o si lo han ya contraído, lo hayan hecho inválidamente: me parece que el

(1) *IDE*, 1928, pp. 236, 237. — (2) *IDE*, 1928, p. 241. — (3) *IDE*, 1928, pp. 242, 243. — (4) *IDE*, 1928, p. 239.

matrimonio está, *ante todo y sobre todo*, destinado por la Providencia a la *mutua integración física y espiritual del hombre y de la mujer*; que su *esencia* y validez consiste en la *capacidad de conseguirla*; que la impotencia generativa no es ni puede ser impedimento dirimente, y que la cópula y sólo la cópula *en cuanto es unión perfecta*, no en cuanto es fecunda, *realiza* y consuma y vuelve indisoluble el matrimonio» (1).

Cómo se haya de entender la cópula, que revista esas propiedades de producir la integración física y espiritual de entrambos cónyuges, nos lo explica más adelante:

«La cópula consiste en el aproximamiento material de los dos cuerpos, y en una acción íntima, profunda, oculta al ojo y sólo percibida por el sentimiento animal de los dos, la cual, a través del aproximamiento material de los cuerpos, se convierte como en un solo sentimiento. — De donde si el comienzo de la cópula es el aproximamiento de los cuerpos, su término es el alma, que los dos recíprocamente tocan y como abrazan de un modo misterioso, pero verdadero..... (2). — Brevemente: los dos, a través de la unión y de la recíproca posesión de los cuerpos, llegan a la unión y a la recíproca posesión de las almas..... (3). — De ahí que sea siempre *fecunda*, porque se exterioriza en el *amor conyugal*, y nunca es fin de sí misma, porque termina en un homenaje al bien objetivo y eterno» (4).

Síguese de esos principios que *la cópula es el fin esencial del matrimonio*, y aun *su esencia misma*. Lo cual prueba de la siguiente manera:

«Fin esencial de una cosa es aquello por cuya consecución la cosa es sustancialmente lo que es. Así, fin esencial del ojo es el ver, porque el ojo es sustancialmente tal para que vea..... — Ahora bien, el hombre y la mujer están hechos recíprocamente para la unión, como lo prueba su misma conformación física y sentimental; tienden a la unión, como lo prueba el mismo instinto sexual, y encuentran en la unión su integración física y espiritual, que en los cristianos es además la realización perenne de aquel *sí sacramental* de entrambos. Luego el fin *esencial* del matrimonio es la cópula y sólo la cópula» (5).

Aclara más su teoría con las siguientes proposiciones:

«La procreación depende del matrimonio, pero no lo constituye. La cópula, por el contrario, no es un efecto del matrimonio, sino que es el *matrimonio mismo en acto*; es lo que, por consentimiento universal, hace a los cónyuges *marido y mujer de hecho*. He aquí por qué la unión sexual se llama y es *fin esencial* del matrimonio; fin, esto es, que forma un *quid unum con la realización de la esencia* del matrimonio, o, si se quiere, fin *cuya consecución* determina la realización del matrimonio mismo..... (6). Está, pues, claro que la esencia del matrimonio en acto consiste en la cópula, y es también evidente que la *esencia* del *matrimonio-contrato* debe consistir en la *capacidad* para

(1) IDE, 1928, p. 400. — (2) IDE, 1928, p. 402. — (3) IDE, 1928, p. 403. — (4) IDE, 1928, p. 406. — (5) IDE, 1928, p. 406. — (6) IDE, 1928, p. 407.

verificarla y no en la capacidad de procrear..... (1). — Añádase que la esencia de una cosa no consiste nunca en algo incierto.....; ahora bien, la procreación, aun en los sujetos más idóneos, no es nunca segura, mientras que la unión sexual es segura, siempre que exista la potencia copulativa» (2).

Como corolario de lo expuesto, afirma que «*la validez del matrimonio depende de la potencia COEUNDI y no de la potencia GENERANDI*» (3):

«Se requiere el verdadero semen *únicamente y solamente* porque *copula perficitur* durante su eiaculatio, y *copula perficitur* porque sólo si la eiaculatio es de verdadero semen y no de puro líquido prostático, va acompañada de aquella *energía nerviosa* membri virilis, que es absolutamente indispensable para la unión de las dos vidas; *energía nerviosa* que proviene de los testículos, y de la cual quedaría privado el pene si ambos testículos estuvieran atrofiados, esto es, si fueran ineptos para producir el semen. — El semen, por tanto, es necesario para la unión sexual *en cuanto es un fenómeno indicativo y concomitante de esa energía nerviosa*, sin la cual *copula non perficeretur*; no en cuanto, nótese bien, es o no prolífico» (4).

Termina su argumentación de razón con la siguiente prueba:

«La impotencia generativa impide que se consiga el fin *primario*, pero una cosa es el fin *primario* y otra el fin *esencial*. Por lo tanto, la incapacidad para obtener el fin primario no puede ni debe impedir que se consiga el fin esencial del matrimonio, que es entitativamente mayor y moralmente superior..... Con el fin esencial se obtiene el *mutuum adiutorium et remedium concupiscentiae*» (5).

Con los textos aducidos entendemos que queda suficientemente expuesta la teoría que defiende Mons. L. Cornaggia; por lo cual dejamos todo lo demás de su larga disertación, con que pretende apoyarla.

Pero ha intervenido también en la lid el principal y acérrimo defensor de la teoría que acabamos de presentar, — de quien parece haberla tomado Cornaggia —, el abogado C. Viglino, de cuyos escritos vamos a entresacar algunos datos más, para que aparezca en toda su claridad el valor de la referida teoría. Tomamos del artículo *En qué consiste el una caro objeto del matrimonio*, publicado en *IDE*, al mismo tiempo que I. C. exponía su doctrina (6).

«¿En qué consiste esta unificación? No es una unificación fisiológica, porque los dos cuerpos continúan siendo dos, con órganos y vida distinta. De unificado no hay más que *sentimiento confuso, indeterminado*, pero pujante, de la vida de entrambos, por el cual a cada uno de los que se juntan les parece vivir por un instante la vida

(1) *IDE*, 1928, p. 407. — (2) *IDE*, 1928, p. 408. — (3) *IDE*, 1928, p. 408. — (4) *IDE*, 1928, p. 410. — (6) *IDE*, 1928, p. 412. — (6) *IDE*, 1927, pp. 387-395.

del otro. Es aquel *sentimiento* que ha hecho dar al acto el nombre de *posesión*; y en efecto, es un *sentimiento de posesión recíproca*» (1).

Para dar alguna explicación científica de la manera cómo se produce ese sentimiento, aduce la teoría de Rosmini, del cual dice:

«Al hablar de este sentimiento, Rosmini ha observado que en todo contacto con un cuerpo viviente, se recibe con la sensación del tacto, una sensación de la vida que lo anima. Esta sensación culmina en el contacto sexual. Y ha dicho precisamente: «Ahora bien, es opinión mía que las sensaciones, al menos las del tacto, que tenemos de un cuerpo animado y aquellas que tenemos de un cuerpo inanimado son específicamente diversas, recibiendo nosotros en las primeras una cierta comunicación del alma misma, de que vive el cuerpo que nos las produce» (2).

Como le impugnase tal explicación el benemérito y esclarecido P. Gemelli, y entre otras cosas le dijese: «Notandum quoque est doctrinam Rosmini ducere ad conclusiones absurdas. Jam vidimus adesse posse, ex parte mulieris, matrimonii consummationem quin habeatur commotio sexualis; id est quin detur illa animarum communicatio de qua apud Rosminium. Potestne dici in hoc casu matrimonium consummatum non esse?» (3), responde Viglino:

«No, porque el orgasmo venéreo no tiene nada que ver con la comunicación vital. El orgasmo se da también en actos carnales diversos de la unión sexual»..... (4). ¿Qué cosa, pues, la caracteriza?..... ¿Qué de especial sienten en la unión sexual, que no se dé en cualquier otro acto de recíproca excitación y desahogo sexual?..... Sienten como especial la recíproca posesión..... Este hecho se nota..... *en el instante de la eiaculatio viri*..... Puede suponerse que tal coincidencia de la comunión vital con la *eiaculatio viri* sea debida a una *descarga de energía nerviosa* del cuerpo del hombre sobre el de la mujer, que *origina el sentimiento de posesión* (activa en el hombre y pasiva en la mujer); *descarga* que coincide con la *eiaculatio spermatis*. Es incumbencia del biólogo el estudiar mejor el fenómeno nervioso del acto, y buscar la causa de la coincidencia. Su existencia se comprueba con la experiencia práctica del hecho» (5).

Se revuelve airado nuestro autor contra los moralistas que, por desconocer la razón práctica e íntima de esta teoría, rechazan lo lícito y autorizan lo ilícito en el uso del matrimonio. A esto alude Gemelli cuando dice: «Ipse (Viglino) ex hac doctrina etiam conclusiones deducit circa morem matrimonialem et usum matrimonii, acriter reprehendens doctrinas communes inter canonistas nostros qui, si eum audiamus, docerent doctrinas prope inhonestas.....» (6).

(1) IDE, 1927, p. 388. — (2) IDE, 1927, p. 389. — (3) IDE, 1927, p. 393. — (4) IDE, 1927, p. 393. — (5) IDE, 1927, pp. 393-394. — (6) IDE, 1927, p. 392.

Se queja Viglino al final de este artículo (1) de que su llamamiento a los biólogos para que estudiaran el fenómeno nervioso de la unión sexual ha sido en vano. No así en lo jurídico, puesto que sus doctrinas, defendidas hace años y propagadas con tesón en varias revistas, se han abierto paso en la jurisprudencia italiana. De ello nos da fe en el artículo publicado en la misma revista (2), con el título *¿El fundamento de la indisolubilidad del matrimonio, es el valor moral de la unión sexual?* (3).

Y refiriéndose de nuevo en este artículo Viglino a la impugnación del P. Gemelli, termina con estas palabras:

«Esto induce al sacerdote a considerar como una utopía el valor moral de la unión sexual, — contra el juez laico que solemnemente lo afirma y hace de él la base de la indisolubilidad del matrimonio —, y, por lo tanto, a reducir la intimidad conyugal a la *iaculatio spermatis in vagina*, de forma que no venga a distinguirse en nada del más brutal desahogo con una meretriz. Y he aquí al laico obligado a defender el valor moral de la intimidad conyugal frente al sacerdote, que debería ser su natural defensor. Situación curiosa y paradójica, de la cual no veo otra explicación» (4).

Aunque sea metiendo la hoz en el campo del año 1929, no podemos menos de espigar algo en él, aduciendo en este lugar, como complemento de esta controversia, la doctrina expuesta sobre tan delicado asunto por el egregio Profesor de la R. Universidad de Roma, César Badii, en un artículo publicado también en la misma revista (5) con el título: *Los verdaderos caracteres esenciales de la institución jurídica del matrimonio, según el derecho italiano y canónico*. Así expone su parecer:

«¿Cuáles son, pues, los verdaderos caracteres esenciales del matrimonio? Respondemos: no son más que aquellos que brotan de la naturaleza intrínseca del matrimonio, o sea su indisolubilidad, su unidad y *su ordenación natural al acto conyugal primeramente por los fines de la procreación*. Estas son las condiciones esenciales, o sea los *constitutivos esenciales* del matrimonio; si falta uno de ellos, no se da el matrimonio..... (6). — El *bonum prolis* se refiere a la procreación y educación de la prole, *a que principalmente se endereza el matrimonio*..... (7). — Que los dos bienes de la indisolubilidad y de la unidad pertenezcan a la *esencia* del matrimonio es doctrina constante y concorde, aceptada y expresada no solamente en la legislación canónica, sino también en la legislación matrimonial de los estados. El divorcio es una aberración. — Nosotros, siguiendo la opinión común, hemos afirmado también *lo mismo* del *bonum*

(1) *IDE*, 1927, p. 395. — (2) *IDE*, 1928, pp. 313-322. — (3) *IDE*, 1928, pp. 316, 317. — (4) *IDE*, 1927, p. 322. — (5) *IDE*, 1929, pp. 150-159. — (6) *IDE*, 1929, p. 151. — (7) *IDE*, 1929, p. 155.

prolis. Las disputas, tanto entre canonistas como entre legistas, acerca de si la procreación es considerada por el legislador como *esencial* al matrimonio, o bien como *fin primario* solamente, dependen, ante todo, de no haberse dado cuenta de que es preciso no confundir la *aceptación del derecho-deber* a la sola cópula por los fines de la procreación, con lo que se refiere al *logro*, al *cumplimiento*, a la *ejecución de la obligación*. — En el primer sentido, la procreación, a cuyo logro está ordenado el matrimonio en primer lugar....., no puede menos de ser mirado por el mismo legislador como *esencial* al matrimonio..... (1). — Respecto al matrimonio canónico es preciso observar que, si bien es verdad que ni aun en el Código canónico se encuentra el adjetivo *essentialis*, aplicado a *procreatio*, todavía esa omisión no da pie para una interpretación de la institución del matrimonio diversa de la que hemos dado..... (2). — La aceptación del derecho-deber *reddendi debitum*, repitámoslo, es esencial al matrimonio, porque lo exige la naturaleza intrínseca del mismo; pero este *debitum* no puede darse si no se tiene la capacidad de darlo, si no se tiene la capacidad del acoplamiento; que después la procreación, — primero de los fines a que se endereza el matrimonio —, pueda o no obtenerse....., todo esto no tiene importancia para la válida constitución del vínculo, bastando para esto *la ausencia de cualquier obstáculo natural o legal* que se oponga a que las partes puedan válidamente contraerlo..... (3). — De cuanto se ha dicho aparece claro que la verdadera característica del matrimonio, o, mejor aún, su verdadera esencia, consiste indudablemente en aquel mutuo consentimiento, que los esposos libremente se otorgan en el conferirse recíprocamente sobre su propio cuerpo un derecho-deber, no libre y vago, sino permanente y exclusivo, que proviene de la capacidad para lo sola cópula, ordenada principalmente a la propagación de la especie humana, y también a la satisfacción y purificación del instinto sexual. Así surge y se constituye legítimamente la unión íntima y perfecta entre hombre y mujer, el vínculo conyugal uno e indisoluble, la sociedad perfecta entre dos personas de diverso sexo, para fines de la procreación, de la educación de la prole y de una comunidad indivisible de vida. — Esta comunidad de vida ofrece a los cónyuges el medio más adecuado para integrar y completar la respectiva personalidad y para juntarlos en la íntima unión de los cuerpos y de las almas, hasta venir a ser como una sola persona, conforme a la magna y sagrada sentencia..... *et erunt duo in carne una*» (4).

Y refiriéndose al alcance de las disposiciones legales por las que se establece el impedimento dirimente de impotencia, así explica su pensamiento:

«El legislador, sancionando la nulidad del matrimonio por impotencia, tiene como mira indudablemente el hecho de la *procreación*; pero a ésta no la mira ni la considera, sino en función de la capacidad al coito. Sería peligroso y expuesto para el derecho positivo querer atender a la procreación más allá del límite de la capacidad para la cópula, por la evidente *imposibilidad práctica* de determinar *con certeza* las causas que excluyen *toda esperanza* de procreación» (5).

(1) *IDE*, 1929, pp. 155, 156.—(2) *IDE*, 1929, p. 156.—(3) *IDE*, 1929, p. 157
 (4) *IDE*, 1929, pp. 157, 158.—(5) *IDE*, 1929, p. 159.

Concretados ya los puntos de coincidencia y de discrepancia de cuantos han intervenido en la controversia, y precisados sus conceptos, vamos a entrar en el examen de la cuestión, por si nos es posible dilucidar los puntos oscuros y dejar sentado lo que sea cierto como cierto y lo dudoso como tal.

Discusión de las doctrinas expuestas

Intentaremos exponer con la mayor brevedad posible lo que entendemos ser aceptable o inaceptable de las doctrinas que acabamos de reseñar.

Para proceder con más precisión y claridad creemos conveniente tratar por separado de la impotencia propia del hombre y de la que es propia de la mujer, ya que respecto a ésta se ofrecen razones de índole especial.

Puesto que se trata del concepto de impotencia en la legislación canónica, necesariamente hemos de acudir a los tratadistas de esta ciencia para conocer cómo se ha entendido hasta el presente lo dispuesto por el legislador. Conviene, pues, ante todo precisar bien los conceptos de impotencia *coeundi* y *generandi*, objeto de la presente discusión.

Según la doctrina, que se puede llamar común, de los canonistas antiguos y modernos, la impotencia *coeundi* comprende las tres incapacidades: *erigendi*, *penetrandi* y *seminandi*, respecto al hombre; y la impotencia *generandi* consiste en la *ineficacia* de estos actos para producir la prole, sea cual fuere la causa natural de donde ella provenga. Esta impotencia *generandi*, así entendida, se llama *esterilidad*.

Véase, por ejemplo, lo que dice WERNZ:

«Distinguenda igitur est impotentia *coeundi* ab impotentia *generandi*, quae vocatur *sterilitas*. Illa est vitium naturale vel accidentale maris vel feminae impediens copulam *de se aptam ad generationem* prolis i. e. completam perforationem vaginae mulieris potentis per erectum membrum viri cum effusione veri seminis virilis intra vaginam naturali modo factam. — Altera vero i. e. *sterilitas* est vitium naturale vel accidentale viri vel mulieris per accidens impediens, quominus ex habita copula vere perfecta sequatur prolis *generatio*» (1).

(1) WERNZ, F. X., S. J., *Ius Decretalium*, t. 4, n. 342.

DE SMET, así se expresa:

«Impotentia concipi potest dupliciter: incapacitas *generandi* seu foecundandi et incapacitas *coeundi*. ... — In altera acceptione, impotentia datur quotiescumque presto non sunt organa expedita ad *penetrationem vasis debiti, cum emissione seminis virilis*: virga scilicet erectibilis, ex parte viri, cum testiculis ad semen elaborandum necessariis, ac canali pervio ad urethrum, et ex parte feminae, *vagina pervia*..... — Prior importat incapacitatem foecundandi ex defectu organi ad foecundationem, *extra copulae actum, necessarii*» (1).

CAPPELO nos dice:

«Ex dictis patet duplicem esse (impotentiam): *coeundi et generandi*. Ea est vitium naturale vel accidentale sive maris sive feminae impediens copulam maritalem; haec, quae a nonnullis dicitur etiam *sterilitas*, est vitium naturale vel accidentale viri aut feminae impediens quominus ex copula *rite peracta* sequatur generatio, seu est inhabilitas ad *actualement* generationem..... — Ut poni possit huiusmodi copula, requiruntur in *viro*: 1.^o, *virga*.....; 2.^o, *unus saltem testiculus*, ad verum semen effundendum; 3.^o, *erectibilitas* virgae. In *femina* requiritur et sufficit *vagina* quae careat arctitudine absoluta vel relativa, adeo ut penetrari a membro virili et semen effusum recipere possit» (2).

De la misma manera se expresan, v. gr., AERTNYS, J., C. SS. R., *Theologia Moralis*¹¹, t. 2, n. 710; FERRERES, J. B., S. J., *Compendium Theologiae Moralis*, v. 2, n. 1002.

Se ve, pues, que la cuestión planteada por I. C., que tanta polvareda ha movido, en cuanto se refiere al hombre, viene a reducirse a cuestión *de nomine*, puesto que en la sustancia la doctrina por él sentada coincide con la que sostienen, se puede decir, la generalidad de los canonistas. Él requiere para el impedimento de impotencia en el hombre no sólo la incapacidad *erigendi* y *penetrandi* (impotencia *coeundi* según él), sino también la incapacidad *seminandi* (impotencia *generandi* según él, *coeundi* según los demás). Por lo tanto, todo se reduce a juzgar si es más o menos acertado denominar esa impotencia con unos u otros nombres. *Detur libertas*, si bien la nomenclatura hasta ahora empleada no le favorece.

Como en exigir estas tres incapacidades juntas en el hombre, coinciden todos los autores que han entrado en la lid, si se exceptúa *quiza* A. Toso, no nos entretendremos más sobre este punto.

Respecto a la impotencia de la mujer no ocurre tal concordancia de pareceres, como en seguida veremos. I. C. sostiene que es impoten-

(1) DE SMET, A., S. T. L., *De sponsalibus et matrimonio*, t. 2, n. 550.

(2) CAPPELO, F. M., S. J., *De sacramentis*, v. 3 *de matrimonio*, nn. 344, 342.

te la mujer a quien, aun siendo capaz *recipiendi in vagina membrum virile* (*potentia coeundi*), falten los ovarios, o el útero, o la comunicación de estos órganos con la vagina, y *a fortiori* si le faltan todos (*impotentia generandi*, no *sterilitas*). En esto no hace más que defender una de las opiniones que muchos meritísimos canonistas han defendido y siguen defendiendo. Ni las razones fundamentales que alega dejan de tener su peso, y son las principales que en su apoyo se han alegado también por los demás que se adhieren a esa opinión, hoy día muy defendible. Así que tampoco valía la pena que se le impugnase con la viveza, rayana en la acritud, con que se le ha impugnado. Basta ver cuántos y cuáles son los autores que le acompañan, v. gr., Antonelli, Bucceroni, De Luca M., Santi-Leitner, Noldin, Wernz, Lehmkuhl, Villada, Laponi, etc. (1), para comprender que se trata de una opinión muy fundada.

Es cierto que hay muchos otros que defienden lo contrario, reduciendo al concepto de *esterilidad* la carencia de esos órganos en la mujer; por lo tanto, los que en la presente controversia, que comentamos, han impugnado a I. C. respecto a ese particular, no andan desprovistos de fundamento, si exceptuamos a Viglino y Cornaggia, los cuales apoyan su aserto en motivos, a nuestro juicio, insostenibles, como luego veremos.

Pero antes de salir al paso a lo que proponen estos dos insignes autores, y de exponer lo que juzgamos atinente a la cuestión de la mujer *excisa*, creemos necesario, como presupuesto, dilucidar lo que se refiere a la esencia del matrimonio, que tan traída y llevada ha sido en los escritos que hemos extractado.

Se discutía sobre si era de *esencia* del matrimonio su *ordenación a la procreación*, o bien sólo era ésta un fin *accidental*, aunque *primario*. De eso depende, como fácilmente se advertirá, la solución de las cuestiones que ahora hemos insinuado. Veamos, pues, qué es lo que nos dicen canonistas eminentes sobre esta materia.

Oigamos primero a WERNZ:

«Si matrimonium in fieri spectetur, definiri potest: *Contractus* legitimus et individuus maris atque feminae *ad generandam atque educandam prolem*. Cui definitioni si addas: *Gratiae spiritualis collativus*, habes etiam notionem sacramenti matrimonii..... —

(1) Cf. FERRERES, J. B., S. J., *De vasectomia duplici necnon de matrimonio mulieris excisae*, nn. 237, 238.

Vicissim matrimonium, si usu communi et etiam theologis et canonistis proprio sumatur pro *vinculo* vel societate permanente, definitur: *Coniunctio* legitima et individua maris atque feminae *ad generandam et educandam prolem*..... — Cuius contractus matrimonialis *obiectum materiale* sunt ipsae contrahentium *personae*, at *obiectum formale*, sive ratio sub qua attinguntur, est *vitae consuetudo individua*. Quae *vitae consuetudo* principaliter et *essentialiter* consistit in *iure* atque *officio* mutuo, aequali, exclusivo, perpetuo in corpus alterius coniugis *in ordine ad prolem generandam et educandam*, non ad alios quoscumque scopos; at salva maneat necesse est subiectio uxoris, cuius caput est maritus. Deinde ut communio illa *essentialis* suam obtineat *integritatem*, accedat necesse est communio *thori et cohabitationis*, quae salva *essentia* matrimonii quandoque abesse potest. Denique *unio animorum* per mutuum amorem sponsorum, quamvis sit *condicio* ad felicem exitum matrimonii, tamen *obiectum contractus matrimonialis non est*, nec *vinculum matrimoniale* in re *adeo mutabili* consistere potest, ut voluit Fichte..... — At cum ea, quae spectant ad naturam, magis *essentialia* sint quam gratia, ideo bona *prolis* et fidei matrimonio magis *essentialia* sunt quam sacramentum.... — Quae *essentialitas boni prolis* et fidei intelligenda est de suis *principiis*, quatenus sine *obligationibus* circa duo illa bona susceptis *invalidè* matrimonium contrahitur. Quod si illa bona solummodo considerentur *in se quoad usum et executionem*, matrimonium sine *prole* et *fide* consistere potest, v. g. si coniuges habeant intentionem *iura* matrimonialia *adquisita laedendi* sive per abusum matrimonii sive per adultarium» (1).

DE SMET NOS ENSEÑA:

Matrimonium quatenus est contractus in se spectatus, describi potest: contractus quo vir et mulier sese mutuo consociant et coniunguntur in intimam, individuum ac stabilem societatem coniugalem; i. e. quo mutuo in se assumunt iugum et vinculum coniugale, seu nexum illum moralem qui *variis iuribus* constat et *obligationibus in ordine ad generationem et educationem prolis* communi opera procurandam..... — *in ordine ad generationem et educationem prolis*; et sic determinatur *species et propria indoles* societatis, eiusque finis primarius ad quem destinatur..... — Hoc autem unioni maris et feminae *essentiale* esse ut *ordinetur* et quasi in primarium finem tendat *in propagationem speciei*, et non *in privatum partium bonum et felicitatem*, uti voluit neoterici matrimonii reformatores, ostendetur infra, sub art. 2.^o, ubi de fine... (2). — Porro insistitur in hoc quod hi fines non sint nisi *secundarii*, i. e. *essentialiter* subordinati ad finem primarium *generationis et educationis* prolium, adeo ut ad illos fines ordinari nequeat matrimonium, *nisi salva ordinatione ad finem propagandae speciei*. — Nimirum ad hoc tantum adnectitur coniugii usui *delectatio* concupiscentiae sedativa, *ut securius et certius* obtineatur finis *generationis*; ad hoc etiam, Deo sic disponente ac natura, *solutum et mutuum adiutorium* inveniunt coniuges in intima ad invicem conversatione, ut efficacius procuretur prolium educatio..... — Et sane si, *praeter generationem humanam*, alius est finis proprius matrimonii, *aequo gradu et independentè*, non *inteligitur* cur *impotentes*, si in eorum matrimonio salvari possit ordinatio ad hunc alte-

(1) WERNZ, F. X., S. J., o. c., n. 52.

(2) DE SMET, A., S. T. L., o. c., nn. 75, 77.

rum finem, puta *solatium mutuum et concupiscentiae remedium*, non intelligitur, inquam, cur *non possent matrimonium inire*: sufficeret enim salvari ordinationem ad alterum proprium finem operis..... — Ex capite nempe impotentiae non constitui impedimentum dirimens matrimonii nisi per ineptitudinem ad copulam *ex parte actus generationi idoneam*» (1).

CAPPELLO, en particular, afirma:

«Finis *primarius* matrimonii, *essentialis* equidem et *operis* i. e. ipsi matrimonio naturaliter ac necessario inhaerens, est *procreatio et educatio prolis* (c. 1013, § 1) iuxta illud: *crescite et multiplicamini et replete terram*..... — Quidam auctores docent hominem singularem, sive marem sive feminam, non esse *perfectum et completum*, sed solum per unionem maritalem i. e. per commutationem proprietatum sexualium talem existere. Exinde inferunt finem proprium matrimonii esse *mutuum complementum humanae personalitatis*, prolis vero generationem esse quid *accessorium* ex dicto complemento resultans. In perperam omnino asseritur. Nam confundendum non est complementum *sexuale* cum complemento *humano* seu ad *perfectum esse hominis* requisito, quasi homo non coniugatus censi debeat dimidius tantum homo vel imperfectus. Complementum *sexuale* ideo solum requiritur, ut unum et perfectum sit principium *generationis*, educationis et socialis unitatis domesticae» (2).

Por lo que atañe a la cuestión de la *mulier excisa* y de los *vasectomizados*, sería muy oportuno traer aquí la abundante argumentación que el P. Ferreres presenta en su tan erudito y profundo estudio sobre esa materia; pero lo estrecho del espacio nos impide copiarlo y así remitimos al lector a dicho opúsculo (3).

Podríamos alargarnos cuanto quisiéramos aduciendo textos de autoridades tan competentes en la materia como los copiados, pero creemos que hay bastante con lo dicho para entrar ya en la discusión del problema sobre la impotencia propia de la mujer y sobre la teoría de Viglino y Cornaggia.

Si el matrimonio *esencialmente* lleva en sí la *ordenación a la generación*, como se ha visto, forzosamente ha de exigir que el objeto sobre que versa el contrato (las personas de los contrayentes) tenga en sí, al menos, la capacidad *para ese fin*, aunque no siempre, por otras causas accidentales, pueda lograrse. *No siendo otra la razón* por la que se exige en el *hombre* la capacidad *emittendi verum semen*, no obstante la teoría de Viglino y Cornaggia, de la que nos ocuparemos luego, parece obvio deducir que también en la mujer se debiera exigir, con la mis-

(1) DE SMET, A., S. T. L., o. c., n. 554.

(2) CAPPELLO, F. M., S. J., o. c., n. 9.

(3) FERRERES, J. B., S. J., *De vasectomia duplici necnon de matrimonio mulieris excisae*, 1917, «Razón y Fe», Madrid.

ma necesidad esencial, *la capacidad* de prestar aquellos coelementos que la naturaleza ha puesto en ella como indispensables para la procreación, cuales son los *óvulos*. De donde se seguiría que, si careciese en absoluto de la capacidad de prestarlos, se le debería considerar, del mismo modo que al hombre incapaz *seminandi*, como inhábil para contraer válidamente matrimonio. Si tuviese capacidad de prestarlos, pero por cualquier causa accidental éstos no llegaran a ser fecundos, sería hábil, aunque estéril, lo mismo que el hombre capaz de prestar *verum semen* aunque no prolífico. Esta comparación parece obvia y da mucha fuerza a la opinión de los que ven en esa incapacidad de la mujer verdadero impedimento dirimente.

No obstante, siendo impedimento de ley natural, como quiera que ésta se atiene a lo que se puede exigir al hombre *modo humano*, y no mira a lo que sólo en casos extraordinarios y fortuitos puede ocurrir, parece obvio suponer que, si el conocimiento de esa incapacidad en la mujer sólo en casos extraordinarios y como por acaso se puede obtener, no esté incluida en su precepto, bastando, por tanto, que en los órganos exteriores, fácilmente reconocibles, no presente incapacidad para dar cabida en forma natural al elemento fecundante del hombre, cuyos órganos correspondientes, por ser externos, pueden también reconocerse. Es de extraordinario peso esta razón, y aun creemos que la sola de peso en favor de la otra sentencia. Sin embargo, como se ve, es una razón *condicional*, es decir, que en tanto tiene fuerza probatoria en cuanto se verifique la imposibilidad de conocer por medios ordinarios la susodicha incapacidad de la mujer. Ahora bien, ¿el que hasta ahora no se haya encontrado tal medio, es señal de que en adelante no se dará con él? Imposible no lo parece, dado los adelantos de la ciencia, hoy ya conocidos, que permiten escudriñar, sin operación, lo más interior de las vísceras. No es todavía suficiente; concedido, pero por ese o semejantes caminos puede llegarse a la consecución de ese medio. En esa hipótesis, dejaría de tener fuerza alguna la razón indicada, y urgiría con todo su vigor la que se ha apuntado en favor del impedimento. El que hasta ahora no se haya podido conocer, no trae inconveniente alguno, ni moral ni jurídico. No moral, porque no constando del impedimento, *tuta conscientia* podían y podrán proceder los cónyuges como tales; no jurídico, porque el legislador humano, mientras no conste con certeza de la existencia en ese caso de impedimento dirimente, tiene que aplicar otro precepto, tam-

bién de ley natural, según el cual en esa hipótesis no urge la ley y se ha de estar por la libertad del hombre.

Otra razón se alega de no poca monta, y es que las mujeres, después de la menopausia, no desprenden óvulos, no obstante lo cual nunca se ha dudado de su habilidad para el matrimonio. Contra esta razón puede, quizá, alegarse, que si de hecho no los desprenden, tienen al menos el órgano de suyo capacitado para desprenderlos, y no es tan raro que, aun después de la menopausia, se hayan dado casos de concepción, por lo que algunos ya señalan el espacio de tres años después de ese fenómeno, para que pueda darse por segura la cesación de los óvulos. Es decir, que no consta con certeza que no puedan en esa edad desprenderse óvulos, aunque no sean fecundables (1), como en cierta edad el hombre emite espermátides, que son los espermatozoides en formación sin su completo desarrollo e ineptos para la fecundación. De todos modos no se prueba que esos órganos, de suyo aptos para la emisión de óvulos, no puedan ser reactivados con remedios medicinales, que con el tiempo quizá se encuentren, de suerte que puedan emitirlos de nuevo. En este supuesto cae por su base la comparación de este defecto con la carencia de ovarios.

Otra de las razones que se alegan en apoyo de esa opinión es que, supuesta la incapacidad para engendrar, queda todavía el otro fin de *mutuum adiutorium y remedium concupiscentiae*. Respecto a este argumento, hay que tener presente la doctrina expuesta de que ese fin secundario en tanto vale *en cuanto queda a salvo el primario*, es decir, en cuanto se salva al menos *la capacidad para la procreación*, aunque ésta se frustre por causas ajenas a la existencia de los elementos *de suyo* aptos para este fin. Si los citados órganos de la mujer se pudieran reconocer por medios obvios y fáciles, no creemos que al constar de su absoluta ausencia se pudiera justificar la validez del matrimonio en atención sólo a este fin secundario, pues lo mismo se podría afirmar del hombre impotente *ad emittendum verum semen*. Así es que este motivo en tanto vale en cuanto depende del que antes se ha expuesto sobre la imposibilidad de un obvio reconocimiento, a menos que se dé por supuesto lo que se habría de probar, que tales órganos, aunque fueran fácilmente reconocibles, no son elemento esencial de la potencia de la mujer.

(1) Cf. FARGAS, MIGUEL A., *Tratado de Ginecología*³, t. I, pp. 39, 44, 51.

Las respuestas dadas por las Sagradas Congregaciones, que suelen alegarse en pro y en contra, no resuelven la cuestión en ninguno de los dos sentidos, por las razones que de ambas partes se alegan en contra de la otra. En efecto, tales respuestas consta que se han dado en el supuesto de ser aún dudosa tal impotencia, o con *dubium iuris*, o al menos con *dubium facti*, o quizá con los dos a la vez. Las razones que de ambas partes se presentan son de tal fuerza, que, en efecto, puede bien afirmarse que hoy día existe verdadero *dubium iuris*. Y como, no obstante las afirmaciones de los cirujanos acerca de la completa extirpación de esos órganos en determinados casos, por hechos comprobados y testimonios de eminencias médicas consta también que pueden escapar al bisturí órganos suplementarios, queda siempre el *dubium facti*. Las respuestas del S. O. (Quebec., 23 jul. 1890 y Westmonaster., 31 jul. 1895), que se aducen a propósito de este impedimento en el c. 1063, se traen como fuentes de lo establecido en el § 2 de ese canon, en que se trata de los impedimentos *dudosos*, no del § 1 como pretende A. Toso. Por lo tanto, si algo indica el aducirse al pie del citado canon esas respuestas, es más bien confirmar que las dos tratan de impedimento dudoso. No ha dicho, pues, el legislador todavía su última palabra acerca de la presente cuestión. Cómo la resolverá cuando se haga más luz sobre ella, depende del resultado final de estas investigaciones científico-jurídicas. Por ahora, en el actual estado de la controversia, sólo se puede afirmar que es de aplicación el § 2 del citado canon, o sea que no se ha de impedir el matrimonio de tales personas, y ésta es, según creemos, la sola razón porque *en la práctica* no se puede tener en cuenta la opinión de los que, como I. C., sostienen que la carencia de tales órganos en la mujer constituye impedimento dirimente. Si en teoría fuese cierta la opinión de I. C. y no existiese el *dubium facti*, no habría más remedio que aplicarla en la práctica, porque ésta no puede menos de acomodarse a lo que en sí es cierto y conocido como tal. Suponemos que no otro será el parecer de A. Toso al hacer la distinción entre la teoría y la práctica.

Sólo nos resta por examinar la doctrina del Dr. C. Viglino y Monseñor Cornaggia.

Para convencerse de cuán ajena sea a la común y sana doctrina canónica la teoría de estos dos autores, basta recordar los fundamentos jurídicos alegados en los textos de los célebres canonistas que hemos presentado, entre los muchos que podíamos haber traído. De

ellos claramente se desprende, sin que haya lugar a duda, que todo cuanto es el matrimonio, *toda su esencia*, está basada en su *ordenación a la procreación de la prole*, de suerte que los demás fines en tanto valen en cuanto suponen éste; y así, desaparecido éste, aquéllos caen por su base y no pueden dar origen a la institución matrimonial. No puede, pues, en modo alguno sostenerse que el matrimonio descansa como en su base *esencial*, suficiente, por tanto, para darle ser con independencia de todo otro motivo, en su *ordenación* a un bien *privado* del hombre y de la mujer, aunque este bien privado se llame *mutua integración física y espiritual* de entrambos. Dando esto por suficientemente aclarado con lo expuesto, sólo queremos aquí notar brevemente las consecuencias absurdas, y, a nuestro entender, desastrosas en el orden moral y jurídico que de tal teoría se siguen, aunque sus autores no las deduzcan y aun suponemos que las condenan, con lo que queda a salvo su honorabilidad y evidente rectitud, de la que no tenemos la menor duda. Hablamos ahora en el terreno objetivo.

Para los referidos autores la esencia del matrimonio consiste precisamente, en cuanto es contrato, en la *capacidad* de verificar lo *cópula*, no como apta de suyo para la generación, sino como idonea para producir en ambos *la integración física y espiritual*, consistente en aquel *sentimiento* íntimo de *mutua posesión* de cuerpos y almas, que de ella les viene en el momento, — y sólo en él —, de la *effusio veri seminis in vagina mulieris*. *Effusio* que se requiere solamente porque sólo ella produce una supuesta *descarga nerviosa*, a que atribuye Vigliano tan necesario y sorprendente efecto.

Si el fundamento esencial del matrimonio es la capacidad para producir en ambos ese sentimiento de posesión mutua de cuerpos y almas, no podrán negar los patrocinadores de esa teoría que, siempre que ese efecto se pueda conseguir, habrá aptitud en los contrayentes para el matrimonio válido; así como no podrá ser válido cuando tal efecto, al menos entre determinadas personas, — impedimento relativo —, no se pueda producir. Se hace, pues, consistir la esencia de una institución tan digna, sólida, estable y trascendental para la sociedad, en la capacidad para producir un *sentimiento*, tan digno como se quiera, pero al fin un sentimiento. El sentimiento es de lo más contingente e inseguro en el hombre, que varía de mil maneras, y en las mismas circunstancias existe o deja de existir, y aun a veces se cambia en lo contrario.

En tal supuesto tendremos que, si por cualquier causa, aun verificado el coito, una de las partes, como frecuentísimamente sucede, no percibe tal intimidad y sentimiento de mutua posesión, podrá con sobrada razón pedir la declaración de *nulidad*, ya que supondría en esa parte, o en entrambas, la incapacidad de producir esa unión de almas a través de la de los cuerpos. Al menos podría pedir la *anulación*, ya que no habría mediado *verdadera consumación*, que, según dicha teoría, no se verifica sino cuando sobreviene aquella misteriosa descarga nerviosa que lleva consigo necesariamente tal efecto. La prueba sería de más eficacia cuando, en vez de producirse el sentimiento de intimidad, resultase, por el contrario, la más radical antipatía y repugnancia. Es de suponer que así Viglino como Cornaggia, que tanto nos remiten a la experiencia, no ignorarán esa experiencia tan triste y frecuente de la humanidad.

Por el contrario, si dos fueran capaces de producir en sí, con el coito, ese sentimiento de mutua posesión e intimidad, aunque el varón no fuese capaz de emitir *verum semen*, dándose entonces cuanto se requiere para la *esencia* del matrimonio, no habría razón para oponerles su invalidez. De consiguiente, los eunucos, con potencia *penetrandi*, serían hábiles para el matrimonio. Es verdad que requiere Viglino como causa *necesaria* para producir ese sentimiento la *effusio veri seminis*; pero es una afirmación gratuita, que no prueba y aun confiesa que él no atina con la explicación, razón por la cual invita a los biólogos a que la estudien. Sólo nos remite a la experiencia; pero hemos visto que no siempre la experiencia lo comprueba. Por lo demás, él mismo aduce el testimonio de Pellegrini, Profesor ordinario de Medicina legal en la Universidad de Padua, quien afirma que la unión vital, a que alude la teoría, se verifica también aun con sola la *ejaculatio humoris prostatici*, en los individuos destituidos de ambos testículos. No podrá negar Viglino que en la práctica queda al menos la cosa en duda; de consiguiente, tendríamos impedimento dudoso *dubio facti*, y mediando esa duda no se podría negar a los eunucos la facultad de contraer matrimonio, cosa inadmisibile de todo punto en Derecho canónico.

Si la *razón de ser* del matrimonio es el bien privado de los cónyuges sin ordenación esencial a la procreación, ¿con qué fundamento se prohibiría que, obtenido ese sentimiento de íntima posesión, al menos de parte de la mujer se pusiesen aquellos medios que, sin impe-

dir la *effusio seminis*, evitasen la generación? Y si, a pesar de las afirmaciones de Viglino, aun sin la *effusio seminis* puede darse tal sentimiento, ¿con qué razón se prohibiría el uso del matrimonio sin tal *effusio*? ¿Admite el Dr. Viglino, y, sobre todo, Mons. Cornaggia, tal conclusión? Doy por seguro que no, pero se deduce de los principios que sientan.

Por lo demás, si tal efecto proviene de lo que él llama descarga nerviosa, que es, por tanto, causa necesaria, no libre, ¿por qué no se ha de producir en la unión fornicaria? ¿Por ventura no es unión fornicaria la de los católicos unidos con sólo matrimonio civil? ¿O es que sólo se ha de llamar tal a la efectuada con meretrices porque en éstas sólo se busca el placer venéreo, no la unión de las almas? ¿Bastaría, por tanto, según esa teoría, que dos se uniesen con miras a esa intimidad de almas para que no fuese unión fornicaria? De los principios sentados no se ve claro que se excluyan tales deducciones.

No quisieramos dar todo el alcance que a primera vista tienen las siguientes frases de Mons. Cornaggia: «La cópula, por el contrario, no es un efecto del matrimonio, sino que es el *matrimonio mismo en acto*; es lo que, por consentimiento universal, hace a los cónyuges *marido y mujer de hecho*. He aquí por qué la unión sexual se llama y es *fin esencial* del matrimonio; *fin*, esto es, que forma un *quid unum* con la *realización de la esencia* del matrimonio, o, si se quiere, fin cuya *consecución* determina la *realización del matrimonio mismo*». Parece indicarse con esas frases que el matrimonio no es tal hasta tanto que se verifica la cópula, puesto que la realización de ésta es la realización de la esencia del matrimonio; luego, antes de ella no se daba su esencia. Según eso, dos cónyuges, antes de la consumación, podrían separarse y contraer, sin más, con otras personas. No creemos que admitan tal conclusión los autores de esta teoría, pero, *stando principis*, si no ellos, no faltarán quienes la admitan.

Por lo dicho, comprenderá el Sr. Viglino que, si los moralistas y canonistas califican de utopía su doctrina sobre el matrimonio, no es porque no comprendan el alcance de sus razones, especialmente la del amor conyugal, demasiado sabida de todo el mundo para que sean ellos solos los que la ignoren, — aun sin la propia experiencia que no les es permitida —, sino por razones de cuya fuerza probatoria no les cabe la menor duda; ni hasta ahora, que sepamos, ha podido tan ilustre autor rebatirlas victoriosamente. Son, pues, los moralistas y cano-

nistas los que, contra las deducciones de su doctrina, defienden la moral de la unión conyugal.

Otros reparos se nos ofrecen acerca de esta teoría, pero no creemos por ahora necesario apuntarlos, y así, hacemos punto final respecto a esta materia.

Sólo dos observaciones queremos añadir acerca de los principios sentados por A. Toso y C. Badii. Si Toso repone la impotencia *coeundi* en los mismos términos que I. C., su tesis resulta del todo inadmisibles, porque llevaría consigo la habilidad de los eunucos que tuvieran la capacidad *penetrandi*. En cambio, los principios magistralmente expuestos por C. Badii, cuadran perfectamente con la sana y común doctrina de los canonistas.

FERNANDO FUSTER

(Continuará)