

PELLEGRINO, Piero, *L impedimento d impotenza nel matrimonio canonico*, Collana di Studi di Diritto Canonico ed Eclesiástico, nº 36, Sezione canonistica, G. Giapichelli Editore, Torino, 2004, 166 pp.

El impedimento de impotencia es probablemente uno de los impedimentos matrimoniales que, en el pasado siglo, mayor atención ha despertado en gran parte de la doctrina. La ausencia de un concepto claro en el Código de Derecho canónico de 1917 acerca de qué se debía entender por impotencia y el cambio que, a partir del Concilio Vaticano II, se produce en relación a la interpretación que se ha de dar de este impedimento ha provocado la redacción de unos miles de páginas al respecto. Pellegrino en esta monografía, la cuarta que publica en la Collana di Studi di Diritto Canonico ed Eclesiastico, aborda el estudio de este impedimento mediante un excelente y exhaustivo análisis de la doctrina y la jurisprudencia existente al respecto. Para ello el autor divide el libro en dos grandes capítulos.

En el primero de ellos, titulado *L impotenza nel Codice benedettino* (pp. 3 a 76), comienza el autor su estudio relatando de forma sucinta el devenir histórico de la inclusión de la impotencia como impedimento en el Derecho matrimonial canónico. El Código de 1917 recogerá este impedimento en el canon 1068 pero, la ausencia de una definición acerca de qué se debía entender por impotencia, trajo consigo la necesidad de que fuese la doctrina desde un primer momento la que estableciese cuáles tenían que ser los términos en los que se debía entender que la impotencia era causa de nulidad matrimonial. Como quiera que se trata de una construcción jurídica, alejada en algunos aspectos de lo que por impotencia se entendía desde el punto de vista médico o desde el punto de vista del derecho civil, la teoría del Cardenal Gasparri, comúnmente aceptada por la doctrina, de distinguir entre *actio hominis* (proceso copulativo) y *actio naturae* (proceso generativo) hará gravitar el dato jurídicamente relevante en la determinación de la nulidad cuando no hay cópula perfecta (impotencia *coeundi*). Admitida esta teoría, ello ha supuesto que la doctrina haya debatido durante gran parte de este último siglo cuáles son los elementos necesarios para que el acto conyugal perfeccione el matrimonio. En definitiva, y como apunta Pellegrino, “*si tratta di trovare il criterio per determinare dove finisce il primo processo (la actio hominis) e inizia il secondo (la actio naturae), cioè dove finisce l'impotenza e incomincia la sterilità*” (p. 15) que, en cambio no es causa de nulidad.

Una vez analizados cuáles son los requisitos necesarios para que la impotencia sea impedimento (pp. 20 a 27) y los tipos de impotencia posibles (pp. 29 a 34), el autor centra su estudio en el análisis de la impotencia masculina pues “*in base al concetto di copula perfecta consumativa del matrimonio, si ha*

impotenza maschile non soltanto nei casi in cui l'uomo non riesce nell'erezione e penetrazione del suo membro negli organi genitali della donna, ma anche nei casi in cui è incapace di elaborare e di eiaculare il *verum semen*, cioè il *semen in testiculis elaboratum*" (p.43). Esta cuestión del *verum semen*, se solucionó en un primer momento, tal y como señala el autor, con la aplicación del Breve *Cum frequenter* de Sixto V. Ahora bien, como pone de manifiesto el autor, esta interpretación subrayaba "il criterio discriminativo fra il *verum semen* e l'umor *quidam similis semini*, che rappresenta la base della distinzione tra *impotentia* e *sterilitas* maschile, con la conseguenza che il *verum semen* presuppone l'esistenza anatomica e funzionale delle glandole testicolari" (p. 46), lo que implicaba que la incapacidad masculina podía adoptar tres formas diferentes: "incapacità alla elaborazione del secreto testicolare, incapacità alla eiaculazione del medesimo, incapacità alla deposizione del secreto testicolare entro la vagina" (pp. 46 a 50).

Pero el análisis que el autor realiza de la jurisprudencia existente al respecto y que aplica dicho Breve, sobre todo en relación con el problema que planteaban los vasectomizados acerca de si eran capaces o no de contraer matrimonio, unido a las disquisiciones doctrinales en torno a si debía aplicarse la teoría de la cópula fecundativa, unitiva, o la saciativa nos muestra cómo el problema quedaba lejos de estar resuelto siendo necesario avanzar todavía más en la determinación de qué se debía entender por *verum semen*.

A la impotencia femenina dedica el autor las siguientes páginas de este capítulo distinguiendo entre dos categorías: los defectos en los órganos vaginales externos y los defectos de la propia vagina. En relación con la primera de las categorías, y tras un análisis exhaustivo de la jurisprudencia, el autor nos pone de relieve cómo la frigidez no es considerada impotencia mientras que el vaginismo es catalogado como impotencia funcional. Por lo que se refiere a la segunda categoría, apoyándose una vez más en una extensa bibliografía y jurisprudencia, Pellegrino nos muestra la solución dada al problema de la mujer carente de vagina, la poseedora de vagina artificial o el supuesto de la mujer con vagina "occlusa" o la mujer "excisa".

Pero si en este primer capítulo se nos muestra el concepto, los requisitos y límites que el Código de 1917 realizaba del impedimento de impotencia, el segundo –titulado *L impotenza nell attuale matrimonio canonico*– se detiene en el estudio y análisis de la evolución que en la doctrina y la jurisprudencia sufrió este impedimento a partir del Concilio Vaticano II y cómo ello ha influido en la redacción del canon 1084. Como pone de manifiesto el autor, "dopo la Costituzione *Gaudium et Spes* (n. 49) si sia scoperta e consacrata una *figura coniugii* assai più adeguata alla sua natura sacramentale rispetto a quella classica tramandataci dalla tradizione, poichè pone l'accento sulla specifica intima

*communio vitae et amoris* che si viene ad instaurare tra l'uomo e la donna in virtù del *foedus coniugii*" (p. 81). La consumación del matrimonio no constará, por tanto, únicamente de una unión fisiológica sino que también será necesario un elemento espiritual consistente en un cierto grado de participación psico-emotiva de los cónyuges.

A pesar de ello, el nuevo Código no introduce grandes modificaciones con respecto al anterior. Es verdad que la redacción de los párrafos segundo y tercero del canon es distinta a la de sus correlativos del canon 1068 del anterior Código pero no suponen una novedad importante desde el punto de vista doctrinal. En este sentido, si bien la introducción de la cláusula relativa a la no declaración de nulidad del matrimonio mientras persista la duda de la existencia del impedimento podría parecer superflua, lo cierto es que su inclusión únicamente tenía como objetivo conseguir una jurisprudencia uniforme en esta materia (vid. pp. 92 a 95). Del mismo modo, la referencia al canon 1098 en relación con la esterilidad no es sino un ejemplo de cómo ha de aplicarse este canon.

Ahora bien, eso no significa que la delimitación del concepto de impotencia no haya sido una de las cuestiones más debatidas por la Comisión en la redacción del nuevo Código. El motivo fue la controvertida cuestión de los vasectomizados, ya apuntada anteriormente, que traía causa de la interpretación que se debía dar al tema del *verum semen* y que no había sido bien resuelta por la jurisprudencia. El Decreto de la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe de 13 de mayo de 1977 vino a resolver en el terreno práctico esta cuestión y al análisis de la importancia del mismo dedica el autor gran parte de este capítulo.

Existían ya desde los años treinta ciertas discrepancias acerca de qué se debía entender por cópula perfecta. En este sentido, aunque el Decreto de 1 de marzo de 1941 de la antigua Sagrada Congregación del Santo Oficio había determinado que la consumación no era posible si no existía "*ut glans tota intra vaginam versetur*" no había terminado de despejar la duda acerca de cuál debía ser la naturaleza y origen del semen eyaculado. Pese a todo, siguiendo el criterio ya expuesto en el Breve *Cum frequenter*, la jurisprudencia rotal seguía aplicando el criterio de que "tale seme doveva essere il seme elaborato nei testicoli, dimodoché ove fosse assente tale seme specifico, la copula coniugale doveva ritenersi carente di uno degli elemento essenziali" (p. 102). Esta opinión contrastará con la mantenida por la antigua Sagrada Congregación del Santo Oficio que ya en 1935 abogaba por permitir el matrimonio de aquellas personas sometidas a esterilización por lo que algunos autores comienzan a cuestionar el valor de dicho documento. Como señala Pellegrino, la cuestión consistía en determinar si "il Breve non costituisce una dichiarazione infalli-

bile, ma un semplice provvedimento a carattere normativo disciplinare, la cui applicazione concerneva la sola nazione spagnola” (vid. pp. 105 a 112).

En este sentido el autor defiende que se trataba de una “interpretazione meramente dichiarativa, che chiarisce una legge precedente, non ha bisogno di promulgazione, ed ha validità retroactiva, così come ebbe effettivamente efficacia retroactiva il Breve *Cum frequenter*” (p. 114) por lo que “consecuentemente, ci pare fin da adesso gravissima l’affermazione di chi ritiene che il nuovo Decreto del 13 maggio 1977 si colloca sullo stesso piano e sulla stessa linea del celeberrimo Breve ... che poi tanta importanza non doveva avere se è vero che esso non faceva altro che interpretare un diritto, una disposizione legislativa che già esisteva nel passato, in cui secondo alcuni esisteva incertezza sul diritto applicabile sicché la giurisprudenza doveva concorrere alla formazione di una prassi a titolo di fonte suppletiva del diritto” (pp. 114 a 115).

Un Decreto que cambiará la jurisprudencia y “che ha inteso risolvere una volta per sempre la questione dei vasectomizzati e di coloro che versano nella stessa condizione, i quali non potevano contrarre matrimonio perché ritenuti impotente”(p. 118). Será por tanto suficiente la *seminatio ordinaria* no siendo necesario que sea testicular. Esta consideración de que la parte integrante esencial de la cópula no es tanto el semen transmitido cuanto el acto de transmisión supondrá que la potencia sexual, como capacidad jurídica, se reconduce a la capacidad de transmitir el líquido seminal, independientemente de que su composición sea defectuosa o no.

De esta manera se pone fin a la desigualdad existente entre la impotencia masculina y femenina así como a la disparidad de criterio existente entre la Rota Romana y la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe, la cual sí que permitía el matrimonio de los vasectomizados (vid. p. 126). Y ello sin que signifique que el Decreto “ha privato l’atto coniugale del suo significato procreativo, anzi, riconfermando il concetto tradizionale della copula secondo l’ordinamento canonico, ha manifestado chiaramente di voler accogliere la doctrina fondamentale della intrinseca attitudine dell’atto coniugale alla generazione” (p. 127).

Las siguientes líneas (pp. 136 a 142) son dedicadas por el autor a sostener la retroactividad del Decreto frente a la tesis de aquellos que niegan dicho carácter al mismo. Después de analizar la sentencia *coram* Serrano de 1986, Pellegrino sostendrá que “il Decreto ... non è una semplice modifica del diritto positivo della Chiesa, bensì una interpretazione o dichiarazione autentica del diritto naturale, al contrario del Breve *Cum frequentur*, che non può essere considerato se non una interpretazione del diritto positivo allora vigente, non possiamo che concludere nel senso di ritenere retroattivo il Decreto sopra menzionato” (p. 140).

Siguiendo el esquema del capítulo anterior, continúa Pellegrino este estudio analizando la impotencia femenina. La extraordinaria reducción de los supuestos de hecho que han de ser considerados como casos de impotencia a partir del decreto de 1977 ha supuesto que por parte de la mujer sea suficiente la capacidad de recibir el miembro viril en la vagina, sin que sea necesario que posea ovarios o útero. Así pues, se produce impotencia en la mujer cuando carece de vagina, la posee demasiado estrecha o padece un vaginismo tal que impide el concurso carnal.

Finaliza este segundo capítulo analizando brevemente el párrafo tercero del canon 1084 que hace referencia a la esterilidad que es escondida de forma dolosa por parte de uno de los cónyuges. Lo que significa que cuando no exista dolo “si possa considerare valido il matrimonio quando uno dei nubenti sia perfettamenteamente a conoscenza dell impotenza dell altra parte” (p. 155). La impotencia *generandi*, por tanto, será jurídicamente irrelevante, lo que supone no sólo la validez del matrimonio de personas estériles sino también el de personas ancianas. Ello viene a asentar la concepción que del matrimonio se tiene, “che pone in primo piano gli stessi due coniugi, artefici di un *totius vitae consortium* indirizzato per sua stessa natura ad un reciproco arricchimento e perfezionamento delle loro persone” (p. 157).

Tras la lectura de esta monografía no podemos sino felicitarnos de este brillante estudio jurídico-canónico en el que utilizando una extensa bibliografía y analizando exhaustivamente la jurisprudencia que al respecto existe, Pellegrino ha venido a mostrarnos cuál ha sido la evolución que en su construcción ha sufrido este impedimento y cómo se han ido sorteando las dificultades que en la aplicación del mismo han ido surgiendo a lo largo de este último siglo.

JAIME ROSSELL

PUIG, F., *La esencia del matrimonio a la luz del realismo jurídico*, Eunsa, Pamplona, 2004, 276 pp.

Se trata de una monografía cuyo contenido responde, sin ningún género de duda, al título que lleva. Errázuriz lo pone claramente de relieve cuando en el prólogo del libro escribe: «El autor ha hecho suya una visión del matrimonio, y reconoce sin ambages su deuda respecto al trabajo intelectual de Javier Hervada, y al de los demás autores que se mueven en la misma línea, como Pedro- Juan Viladrich. Resulta patente que Puig ha interiorizado de tal modo esa visión que ha comenzado a pensar a partir de ella, tratando de enfocar las