

SIMULACIÓN PARCIAL POR EXCLUSIÓN DEL BIEN DE LA PROLE

La simulación parcial como causa de nulidad del matrimonio canónico por la exclusión del bien de la prole, tal y como está regulada en el Código de Derecho Canónico de 1983 en vigor, va a ser estudiada en este trabajo con la sumariedad que requiere la comunicación de un simposio, no obstante, en esta aportación intentaremos aproximarnos a los siguientes objetivos: *a)* proyectar al lector algunas innovaciones y similitudes con respecto al contenido del canon 1086, & 2 del Código de 1917; *b)* el trasfondo asimilado del Concilio Vaticano II que ya venía empapando los trabajos preparatorios del canon casi por ósmosis; *c)* la riqueza que ha adquirido el matrimonio con la expresión, *elementos esenciales*, a pesar de ser una clasificación no explícita, de ahí que sea abierta a todo aquello que refleje la hondura de la realidad matrimonial, lo íntimamente esencial; *d)* el lugar jurídico del bien de la prole, la amplitud de su contenido y modos de exclusión que atacan al corazón mismo de la unión de naturalezas, entre éstos destaca con gran fuerza doctrinal y alguna, aunque escasa, jurisprudencia rotal sobre exclusión de la prole por la utilización de las técnicas de reproducción asistida; *e)* los discutidos puntos de contacto entre la exclusión voluntaria de la prole y la incapacidad de ordenarse a ella por causa de naturaleza psíquica.

Como método de trabajo para elaborar estas disertaciones en torno al tema, sin apartarnos de la dogmática que indudablemente nos arrojará luz, hemos elegido el de prestar un particular interés a los momentos jurisprudenciales que nos ayudarán a acercar el momento legislativo y la elucubraciones doctrinales a la realidad social y a su diagnóstico en el pensamiento de los jueces rotales.

Entre las sentencias que aportaremos se detectará que muchas de ellas fueron dictadas durante la *década de los ochenta*, esta selección se ha hecho con el objetivo de disfrutar de ese inmediato alboroto que sigue a una regulación reciente y la remezcla de elementos antiguos y nuevos que se produce en la mente judicial.

I. INFLUENCIA DEL CONCILIO VATICANO II

El Concilio nos aporta una visión del matrimonio que apunta a la persona misma como centro y raíz¹, en su intento de delinearlo con su inconmensurable riqueza de matices. En esta línea ya no aparece como *contrato* que se derivaría de un mero intercambio de cosas, ahora los términos utilizadas son el de alianza (*foedus*) y consorcio (*consortium*). Así queda plasmado en el canon 1055 del Código.

Pasemos a resumir esquemáticamente las piedras base que ha colocado el C. V. II: *a)* Una consideración articulada ya sea para el matrimonio como para la familia; *b)* Que el matrimonio es una mutua donación en la cual los cónyuges se dan y se reciben; *c)* Que por la voluntad divina el matrimonio es estable y tienen que multiplicarse los valores y los fines, todos de gran importancia; *d)* Que Cristo ha donado a los cónyuges cristianos el sacramento del matrimonio; *e)* Que el matrimonio es la imagen y la participación del pacto del amor de Cristo y de la Iglesia; *f)* Que el matrimonio es ordenado ya sea a la generación responsable como al amor conyugal; *g)* Que la familia es una Iglesia doméstica².

La consideración personalista ya existía en la codificación anterior pero con *apagado acento*, esto ha hecho desbocarse en gran medida a un sector doctrinal, exagerando los términos de la cuestión en la actualidad. Habría que contrarrestar esta corriente doctrinal recordando que basta remontarse a lo establecido por la Patrística, como san Agustín, para comprobar que existía ya de antiguo la noción profundamente personal del matrimonio. Uno de los problemas lo ha creado la expresión conciliarista *comunidad de vida y amor* que ha derivado en otorgar relevancia jurídica al amor conyugal, como afirma Hervada, *aunque sea el motor —es la potencia movente por ser tendencia unitiva— y la raíz del matrimonio, no define ni es la esencia del matrimonio, deriva de su constitutivo formal*³.

II. ELEMENTOS ESENCIALES DEL MATRIMONIO CANÓNICO

El bien de la prole aparece de modo explícito en el canon 1055: *ordenado por su misma índole natural a la generación y educación de la prole*. Cuando

1 *Vid.*, sobre el personalismo, C. Burke, 'Personalisme et divers aspects de la jurisprudence', en *Revue de Droit canonique*, t. 45/2 (1995) 331-349; Idem, 'Personalism and the traditional -Goods- of Marriage', en *Apollinaris*, LXX (1997) 305-314.

2 G. dalla Torre, 'La riforma del matrimonio dopo il Concilio', en *Ephemerides Iuris Canonici*, XXX (1974), p. 239.

3 J. Hervada, 'Matrimonio y Derecho natural', en *Escritos de Derecho natural*, Pamplona 1986, p. 65.

llegamos al canon 1101, que constituye el corazón del fenómeno simulatorio, no encontramos referencia alguna, salvo la expresión «*elementos esenciales*»⁴, quedando, por su indeterminación, abierta a la polémica doctrinal y a un fecundo campo de discusión por vía interpretativa.

Goti Ordeñana considera que la estructura jurídica del matrimonio tiene fijados de antemano los elementos esenciales y los impone imperativo-formalmente⁵. Por su parte, Hervada advierte que «lo esencial» del matrimonio viene ya prescrito o impuesto por ley natural, de ahí que los sistemas matrimoniales son meros sistemas de formalización⁶.

Otro sector de la doctrina se resiste a lo previsto o predeterminado, quizá ante la idea de que el progreso de la ciencia jurídica está en innovar, de modo que si hasta el momento la trilogía de bienes de san Agustín⁷ nos había servido de socorrido instrumento, ahora se siente la necesidad no sólo de renovarlos con distintos matices sino de crear nuevos, para no sucumbir en el riesgo de encorsetar lo esencial del matrimonio.

Las clasificaciones de los elementos nunca han sido posesión pacífica de la doctrina y como no constituyen nuestro nervio argumental, sólo diremos que parte de la dogmática sigue amparándolos bajo el paraguas de los fines como Fornés⁸. Otros, sin descartar que el bien de la prole sería un fin específico del matrimonio, frente al genérico bien de los cónyuges, nos proporcionan una explicación del cambio que supone considerarlos elementos esenciales, así López Alarcón opina que, los bienes institucionales siguen sin mencionarse, están repartidos entre los fines (prole y educación) y las propiedades (unidad e indisolubilidad) y no con valor moral, sino «*con participación en la estructura jurídica del matrimonio*»⁹.

La Constitución pastoral *Gaudium et Spes*, que precede al Código, tampoco menciona el término fines y además erradica cualquier jerarquización, el bien de la prole ya no es primario¹⁰. Es el sentir común que la no mención de la jerarquía de fines tiene como positivo dos puntos:

4 Esta expresión viene a sustituir la fórmula *todo derecho al acto conyugal* del CIC de 1917.

5 J. Goti Ordeñana, 'Observaciones al nuevo canon 1055, § 1', en *Revista Española de Derecho Canónico*, XL (1984) 289.

6 J. Hervada, 'Matrimonio y...', cit., pp. 149-151.

7 Considerándose primordial el *bonum prolis*. *Vid.*, sobre el tema, G. Robinson, 'Unresolved questions in the theology of marriage', en *The Jurist*, XLIII (1983), 71 ss.

8 J. Fornés de la Rosa, *Derecho matrimonial canónico*, Madrid 1990, pp. 27-34.

9 M. López Alarcón - R. Navarro-Valls, *Curso de Derecho matrimonial canónico y concordado*, Madrid 1984, p. 77.

10 Las actas del Concilio Vaticano II en torno al tema de los bienes del matrimonio nos permiten ver la evolución del tema que cristalizó definitivamente en el Código, en especial, el capítulo primero '*De dignitate matrimonii et familiae fovenda*. Ad. num. 52 (Nunc 48) —De sanctitate matrimonii et familiae—. Cf. 'Acta Synodalia Sacrosancti Concilii Oecumenici Vaticani Secundi', en *Concilio Vaticano II*, 4, Pars 7, p. 471 ss.

1.º Cambia la errónea posición o interpretación precedente de la doctrina del CIC, de modo que ahora es expresamente expuesto por el magisterio que *el derecho al cuerpo o la ordenación a la prole no es anterior a la comunidad de vida y amor* sino la ordenación que se produce por la unión de naturalezas que tiene su cauce propio en la comunidad conyugal. De esta forma se da un fundamento también jurídico a la revalorización de la dimensión interpersonal y espiritual del matrimonio ¹¹.

2.º Por otra parte un sector de la doctrina, al unísono con López Alarcón, considera que la expresión bien de los cónyuges revela la construcción personalista del matrimonio canónico por el nuevo Código, que contrapone los *bona coniugum* a los *bona matrimonii*, éstos reducidos a su versión finalista a la procreación y educación de la prole, y aquellos pendientes de que la doctrina y la jurisprudencia perfilen su contenido ¹². *Se abre así un haz de posibilidades para otros elementos esenciales*.

En definitiva, la versión *moderna* de los elementos esenciales ofrece, entre otras cosas, una visión *integradora* del bien de los cónyuges y de la ordenación a la generación de la prole, otorgándoles el mismo valor jurídico, lo que ha supuesto un largo recorrido si repasamos la jurisprudencia anterior al magisterio conciliar.

Ahora bien, aunque la conveniencia del cambio de terminología queda patente con estas someras explicaciones, una *inflada estimación personalista y voluntarista del matrimonio*, no debe conducirnos a perder la orientación primaria del asunto: la ordenación a la generación de la prole *no es un fin de los contrayentes sujeto a su libre elección*, sino *un fin operis, es esencial al matrimonio* y su detrimento degenera el bien de los cónyuges, como sucedería en caso contrario ¹³, en ambos supuestos se atenta contra la igualdad jurídica de los cónyuges.

Pasemos a estudiar la jurisprudencia rotal que coopera con la lupa puesta sobre los casos concretos, a reconocer su esencialidad y que su exclusión positiva provoca la nulidad del vínculo jurídico.

11 S. Ardito, 'La normativa sul matrimonio: spirito conciliare e precipue novità', en *La normativa del nuovo Codice*, de AA.VV., Brescia 1985, pp. 237-238.

12 M. López Alarcón - R. Navarro-Valls, *Curso...*, cit., p. 74.

13 *The document staunchly maintained that both the procreative and the personal dimensions of marriage were essential to its meaning and that an exaggeration of either aspect to the detriment of the other was contrary to Catholic teaching* (G. Robinson, 'Unresolved questions in the theology of marriage', en *The Jurist*, XLIII [1983] 83).

III. LA PROCREACIÓN Y LA SIMULACIÓN PARCIAL

A) *Concepto de simulación parcial-acto positivo de voluntad («intentio simulandi»)*

La figura de la simulación no es una invención teórica del Derecho, en la práctica aparece como distorsión de la voluntad en muchos negocios de nuestra vida y, en aquel que necesita mayor y mejor deliberación, la existencia de una discordancia entre lo que un sujeto al contraer matrimonio manifiesta exteriormente en la celebración, es decir, la apariencia de consentimiento a la constitución de la relación conyugal, y la verdadera voluntad interna de este mismo individuo, es más frecuente de lo que el legislador estatal o canónico hayan podido prever.

La simulación en el negocio más importante de nuestra vida, la explica con claridad Viladrich cuando define la voluntad simulatoria: *El consentimiento simulado consiste esencialmente en la suplantación consciente y querida, de esta única voluntad de conyugarse por otra voluntad interna a la que le falta la verdad esencial íntegra del matrimonio*¹⁴.

Del mismo modo, la distinción entre simulación total y simulación parcial es un reflejo de la propia conducta humana, así como también muestra la complejidad del acto consensual¹⁵. Mientras que la simulación en sentido propio consiste en una voluntad por parte del sujeto, contraria a establecer una unión conyugal con el otro contrayente aun cuando aparenta consentir; la simulación parcial o simulación impropia —*in sensu minus proprio*— como la denominan algunos canonistas de rancio abolengo¹⁶, supone la exclusión de parte del objeto matrimonial o, como dice Fornés, se emite un consentimiento que existe, pero dirigido a una relación jurídica que no es propiamente el vínculo conyugal, porque en tal consentimiento se ha excluido uno de los elementos esenciales que constituyen realmente el vínculo conyugal como tal¹⁷.

En otras palabras, en la simulación parcial o relativa se produce una situación psicológica diferente, el sujeto sí quiere contraer, su voluntad se dirige a la validez del matrimonio pero al mismo tiempo, no quiere y es rechazado por su

14 P. J. Viladrich, *El consentimiento matrimonial*, Pamplona 1998, p. 210.

15 La diferenciación entre los dos tipos de simulación permite al profesor López Alarcón considerar si la nulidad por simulación se funda en la falta de consentimiento o de objeto, concluyendo lo siguiente: *aunque la simulación se sitúa en el consentimiento, hace relación al contrato en la simulación total, y al objeto en la simulación parcial y en este caso el matrimonio sería nulo por la voluntad de excluirlo y que, efectivamente, lo excluye mutilando algún elemento esencial* (M. López Alarcón - R. Navarro-Valls, *Curso...*, cit., p. 176).

16 P. Gasparri, *Tractatus canonicus de matrimonio*, II, Typ. Pol. Vat., 1932, p. 36.

17 J. Fornés, 'El sacramento del matrimonio', en *Manual de Derecho Canónico*, de AA.VV., Pamplona 1988, p. 596.

voluntad algún elemento tan esencial al matrimonio, que éste queda desvirtuado y pierde su identidad. Según Bernárdez Cantón, la nulidad por exclusión de elementos esenciales se fundamenta en *la regulación objetiva de este instituto por el Derecho divino, ordenación sustraída al juego de la voluntad de los particulares en sus elementos constitutivos*¹⁸.

En la jurisprudencia que produce la casuística se estudian los temas de modo específico, descuidando un poco la necesidad de partir de un concepto claro de simulación parcial. La sentencia c. Pompedda, 4-XII-1984¹⁹, intenta suplir esta carencia, remitiéndose a Giacchi: *constituyen actos positivos de voluntad que se encuentran para ser contemporáneos, en el sujeto*²⁰, *con la facultad de hacer el matrimonio. Es decir, el sujeto quiere el matrimonio y al mismo tiempo quiere excluir uno de los tres «bona» enumerados. Se puede decir que el sujeto quiere hacer un matrimonio reduciéndolo a un esquema diverso del propuesto por la Iglesia. Y, añade, cuando hay simulación parcial... se tiene siempre «falta de correspondencia entre la voluntad matrimonial del sujeto y la del ordenamiento jurídico canónico. Tal ordenamiento quiere en efecto, reconocer los efectos jurídicos a la voluntad del sujeto solamente cuando ésta se encuentra dentro del esquema preparado por ese ordenamiento jurídico de la Iglesia»*²¹.

La sentencia c. Gianecchini, 11-XII-1984, considera la simulación parcial como *insuficiencia del consentimiento*, porque se ha rechazado alguna propiedad esencial *verbi gratia* —dice— *bonum prolis vel sacramenti*, cambiándose en el primer caso la sustancia o la naturaleza del contrato matrimonial. Que se determine la voluntad, implica la consciencia del contrayente, que normalmente tiene una causa grave y proporcionada que la induce a ello.

Meternos en *la arquitectura de la simulación parcial*, requiere conocer que *el acto positivo de voluntad es el pilar básico*. El *in iure* n.º 3 de la sentencia c. De Jorio, 22 de febrero de 1984²² dice que *actus positivus voluntatis secumfert de exclusione prolis cogitatum fuisse a nupturiente et animo ante nuptias reiectam fuisse ab illo coniugio. Opinio, inclinatio, voluntas interpretativa haud efficiunt voluntatem positivam exclusionis boni prolis*²³.

En el n.º 4, recogiendo una cita de santo Tomás, expresa que *para contraer válidamente no es necesario que se intente la generación de la prole expresamente, ya que ésta se origina en el matrimonio del mismo pacto conyugal. Sólo si se expresase algo contrario a esto (fidelidad o hijos) en el consenti-*

18 A. Bernárdez Cantón, *Compendio de Derecho matrimonial canónico*, Madrid 1988. p 167.

19 Cf. SRRD, LXXVI (1984) 572 ss.

20 La teoría de Giacchi sobre la necesidad de dos actos positivos ha sido hartamente discutida y descartada mayoritariamente por la doctrina.

21 *Ibid.*, 574.

22 Cf. en SRRD, LXXVI (1984) 108 ss.

23 *Ibid.*, p. 109.

miento, que hace el matrimonio, no habría verdadero matrimonio (S. Thomas, Suppl., q.XLIX, a.3c) ²⁴.

La sentencia c. Giannecchini, 15-II-1985 ²⁵, pone de manifiesto en el *in iure* n.º 2 la tan estudiada distinción entre lo que se quiere y lo que se expresa externamente. *Según el Derecho natural nadie es estimado por lo que dijese sino por lo que tuviese en mente. En cambio, el Derecho positivo establece la presunción contraria, canon 1101, § 1. El consentimiento interno de la voluntad se presume que está conforme con las palabras o signos empleados al celebrar el matrimonio* ²⁶. En la sentencia se hace un estudio específico y concreto de la *necesidad de un acto de voluntad* para rechazar la esencia del matrimonio, que debe ser *positivo* para distinguirlo de otros actos que no determinan la voluntad ²⁷.

El Decreto de la S. R. R. c. Colagiovanni, 17-III-1987 ²⁸, tras recoger un texto de la Constitución pastoral *GS* n.º 48, para expresar la relevancia de la ordenación a la procreación y educación a la prole en el instituto matrimonial ²⁹, considera que *la nueva dicción del canon 1101, § 2 no ha cambiado en nada respecto al ex canon 1086, § 2, ya que se sigue necesitando un acto positivo de voluntad, que no tenga carácter meramente interpretativo, ni tampoco son relevantes los propósitos o dudas pasajeras* ³⁰.

B) *La nueva fórmula codicial y el contenido amplio del «bonum prolis»*

Bajo la codificación del 17 el alcance de la simulación comprendía *el matrimonio mismo o todo el derecho al acto conyugal o alguna propiedad esencial del matrimonio*, tal como lo indicaba el canon 1086, § 2. Siendo el objeto esencial del matrimonio *el derecho perpetuo y exclusivo sobre el cuerpo en orden a los actos que de suyo son aptos para engendrar la prole* ³¹, y puesto que el canon de la simulación nada decía sobre los fines esenciales del matrimonio, tan sólo la exclusión del *ius in corpus* y de las propiedades esenciales podían ser objeto de simulación; no estaba prevista la exclusión del bien de la prole, más que en el sentido estricto que se desprendía de la expresión literal ³². Al coincidir el objeto formal del matrimonio con la posibilidad de atentar contra el

24 *Idem*.

25 Cf. en SRRD, LXXVII (1985) 65 ss.

26 *Vid.*, en el mismo sentido, la sentencia c. Masala, de 19 de febrero de 1985, en SRRD, LXXVII (1985), *in iure* n. 2, p. 106.

27 *Ibid.*, p. 67. c. Masala, *in iure* 4-5, cit., p. 107.

28 Cf. en *Monitor Ecclesiasticus*, CXII (1987) 305 ss.

29 *In iure* n. 4, p. 305.

30 *In iure* n. 5, pp. 305-306.

31 CIC 1917, canon 1081, § 2.

32 *Pero si una de las partes, o las dos, por un acto positivo de su voluntad, excluyen el matrimonio mismo, o todo el derecho al acto conyugal, o alguna propiedad esencial del matrimonio, contraen inválidamente* (CIC 1917, canon 1086, § 2).

fin esencial del *bonum prolis* mediante la negación del derecho al acto conyugal que recogía el canon 1013, § 1³³, no se planteaban problemas de orden práctico en las causas de nulidad ante los tribunales, pues quien excluía el fin de la prole negando el *ius in corpus* contraía inválidamente, si bien la declaración de nulidad era fundamentada en la exclusión del objeto esencial, es decir, en el canon 1086, § 2, y 1081, § 2 y no en el 1013, § 1³⁴.

Los conflictos surgen principalmente con la utilización de anticonceptivos y abortivos, apareciendo así nuevas formas de atentar contra el fin de la ordenación a la prole. La realidad mostraba que el fin esencial de la ordenación del matrimonio a la prole abarcaba más que el *ius in corpus*, pues los cónyuges podían aceptar la ordenación del matrimonio a la perfecta realización de la cópula pero tener a la vez una intención contra la prole, lo cual era posible gracias a los avances técnicos o médicos.

La aceptación de estos medios para limitar o anular la ordenación a la procreación, obedece a los cambios culturales que desde finales de los años sesenta, tanto y tan profundamente han repercutido en el matrimonio y la familia. De ahí que el Código vigente y la jurisprudencia pongan en marcha la alerta roja sobre sus fieles, para que adviertan el significado y sentido amplio de la ordenación al bien de la prole.

C. Ragni, 18-XII-1984³⁵, se decide en torno a la exclusión del *bonum prolis* y el *bonum sacramenti*, concediéndola por la de este último, pero sus razonamientos son interesantes ya que articula el tema con las observaciones de la doctrina española sobre el mismo.

Entre las variadas consideraciones doctrinales que aporta sobre la supresión de la fórmula *aut ius ad coniugalem actum*, expone que algunos autores opinan que *la expresión actual y la anterior dicen lo mismo*. Según Ragni, por el contrario, otro sector entre los comentaristas españoles, piensa que *la nueva fórmula contempla más integralmente los derechos y deberes dimanantes del mismo vínculo y abarca el derecho al acto conyugal, el derecho a la comunidad de vida, el derecho-deber de no hacer nada contra la prole y el derecho de recibir y educar a la prole en el seno del matrimonio*³⁶.

33 *La procreación y la educación de la prole es el fin primario del matrimonio; la ayuda mutua y el remedio de la concupiscencia es su fin secundario* (CIC 1917, canon 1013, § 1).

34 Napoleoni pone de manifiesto la confusión entre el objeto formal del matrimonio y los fines del mismo: *È stato rilevato che il CIC non prevede esplicitamente la fattispecie della <<exclusio boni prolis>>, per cui si è finito col farla coincidire praticamente con la fattispecie della <<exclusio iuris ad coniugales actus>>* (can. 1086, § 2) *<<per se aptos ad prolis generationem>>* (can. 1081, § 2), *confondendo così oggetto formale del matrimonio (<<mutua traditio iuris in corpus alterius in ordine ad actus coniugales>>) e fine a cui il matrimonio è ordinato, <<intentio finis debiti>> o <<bonum prolis>>* (I. Napoleoni, 'L'esclusione dello «ius ad prolem», en *Ephemerides Iuris Canonici* 1987-88, p. 97).

35 Cf. en SRRD, LXXVI (1984) 620 ss.

36 *In iure* n. 4. *Vid.*, en el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Eclesiástico de Barcelona, 6-IV-1987, en *Collectanea de Jurisprudencia canónica*, n. 28 (1988), pp. 393 ss.

La sentencia c. Palestro, de 29 de enero de 1986³⁷ afirmaba que *el matrimonio se hace írrito si se excluye la ordenación natural y de humano modo a la procreación, ya perpetua o temporalmente*³⁸, denegando el derecho, estableciendo realizar éste a su propio arbitrio, denegándolo, usando torpemente los actos de por sí aptos para la generación o frustrando la ordenación natural de éstos³⁹.

En general la jurisprudencia rotal ha considerado que el contenido del bien de la prole comprende el derecho-obligación a la concepción, parto, recepción y conservación de la vida de la prole. «Lo *debido en justicia*» tiene que caracterizarse esencialmente como perpetuo, irrenunciable, y de ambos cónyuges, mutuo.

La interpretación estrictamente literal del ex canon 1086, § 2 reducía las posibilidades de casos de nulidad, ahora nos sumergimos en un campo tan amplio que puede asustar un poco ya que ello significa que el vínculo jurídico no ha nacido en muchísimos supuestos, haya sido declarado o no por un Tribunal, debido a la *mentalidad* y correspondiente *decisión anti-procreativa* que se respira hoy en día. Ahora bien, esto no debe ser mal acogido, ya que la amplia interpretación que permite la fórmula es simplemente *un modo más correcto de expresar el diseño divino*.

C) *Importancia de la procreación y su significación jurídica*

No fue necesario esperar mucho para que algunos rotales resolvieran causas planteadas durante el CIC de 1917 decantándose ya por el sabor personalista que entraña la unión de naturalezas, así la sentencia c. Stankiewicz, 26-V-1983, advierte que, *la procreación, a la que se ordenan el matrimonio y el amor conyugal por su índole natural, constituye un cambio de condición extraordinario de una comunidad matrimonial a una comunidad familiar, siendo la persona humana el fin o el término de todo el proceso procreativo*⁴⁰. Esta significación jurídica la convierte en un derecho-deber, c. Stankiewicz afirma que *perteneciendo la ordenación a la procreación a la estructura ontológica o acto conyugal, para el que los cónyuges se entregan el mutuo derecho, se puede reclamar para cada uno de los cónyuges como un derecho, que nace de la misma alianza matrimonial*⁴¹. Esta calificación como «*deuda jurídica*», le lleva a declarar con rotundidad que *no se puede*

37 Cf. en *Monitor Ecclesiasticus*, CXI (1986) 413 a 426.

38 No todas las sentencias admiten que cause la nulidad una exclusión temporal. De igual modo se sigue haciendo la distinción entre el derecho y su ejercicio, siguiendo las ideas de santo Tomás de Aquino, que distingue claramente entre el derecho y su uso.

39 *Ibid.*, p. 415.

40 *In iure*, n. 2. Cf. en *Il Diritto Ecclesiastico*, CXIII (1984) 327.

41 *Ibid.*, pp. 328-329.

*constituir un matrimonio privado de prole, o admitiendo la procreación según el libre arbitrio humano, o separando esa esencial ordenación mediante la negación al otro cónyuge de todo derecho al «bonum prolis» suficientemente entregado para aquella generación*⁴².

La sentencia específica cómo se niega «el derecho», cuando aclara que *poner los medios necesarios para la ordenación a la generación supone que no puede valer restringir a su arbitrio el derecho conyugal a los períodos exclusivamente estériles, o a los actos privados de fecundidad, de modo que se impida la concepción y la procreación de esa nueva vida*⁴³.

Otra sentencia posterior, nos muestra que la procreación sigue siendo relevante a nivel jurídico, otorgándole la categoría de *ordenación propia e intrínseca del matrimonio* y dándole un toque al estilo del CIC 1917 cuando dice que *los actos se especifican por la misma inclinación hacia el fin o la obtención de la prole*⁴⁴.

En resumen, que la prole *in suis principiis* no ocupe el primer puesto en el *podium* con la *visión intercomunicativa de los elementos esenciales* no debe permitir que se relegue silenciosamente a un segundo plano⁴⁵.

IV. CONEXIÓN CON LA INCAPACIDAD PSICOLÓGICA CONSENSUAL

Tras la configuración jurídica propiamente dicha de cada capítulo de nulidad matrimonial, se deben recorrer los tramos de comunicación que se establecen entre ellos, no es que pretendamos organizar el suicidio del derecho, que se produciría mediante un desarme jurídico de los esquemas establecidos por la sapiencia del legislador canónico, pero sí querríamos poner sobre el tapete que la dimensión profunda y compleja de la persona humana supera y trasciende esquemas estáticos y apriorísticos.

Ante las conexiones detectadas en la *ratio decidendi* de algunas sentencias, la doctrina ha hecho un análisis comparativo del fenómeno simulatorio con el error y la condición principalmente. Aquí se va a apuntar muy someramente los puntos de contacto de la simulación por exclusión del bien de la prole con la incapacidad para asumir las obligaciones esenciales del matrimonio.

42 *Ibid.*, *in iure* n° 3.

43 *Ibid.*, pp. 333-334.

44 Cf. en SRRD, LXXVII (1985) 324 ss.

45 *If the parties do not accept each other as procreative beings then the gift of self is limited. Hence even the unitive aspect of intercourse is altered and is a conditioned communication* (Th. P. Doyle, 'Unitive-procreative aspects of human sexual intercourse', en *Monitor Ecclesiasticus*, CIX (1984) 451.

A) *La repercusión de la homosexualidad sobre el «bonum prolis»*

Como hemos señalado anteriormente, a pesar de las dificultades que han acarreado las imprecisiones de los nuevos cánones, en esa entrega y aceptación mutua de las propias personas en su dimensión conyugal que es *l'ossatura giuridica del consenso*⁴⁶, el objeto del consentimiento, se produce una revalorización de la dimensión personal y espiritual del matrimonio.

De ahí que la homosexualidad como núcleo generador de distorsiones sobre los elementos esenciales y las propiedades esenciales, haya sido considerada habitualmente un cuerpo extraño a la normativa canónica que se acoplaba a un capítulo de nulidad u otro⁴⁷, según las circunstancias determinantes del caso.

La homosexualidad ha adquirido ya un lugar en el esquema capitular de nulidades, otorgado por la sapiencia de los jueces rotales, que ha ayudado al legislador en la tarea de calificarla y clasificarla, un tanto ardua debido a su naturaleza polivalente. El contrayente homosexual se considera incapaz para emitir un consentimiento válido porque *no puede* asumir las obligaciones matrimoniales.

Estamos ante una especie de figura poliédrica que nos ofrece distintas caras pero todas pertenecientes al mismo cuerpo geométrico, veámoslas:

a) Causas:

- psíquica;
- física;
- una repercute sobre la otra en ambos casos.

b) Consecuencias:

— *No se puede* realizar el acto conyugal de modo natural y humano. Podría enfocarse como impotencia con causa física o procedente de anomalía psíquica. También se ha calificado netamente como incapacidad para asumir una de las obligaciones esenciales del matrimonio como la ordenación al *bonum prolis*. Existe la posibilidad de afectar al *bonum fidei* porque no pueda mantener relaciones carnales con su cónyuge pero sí con una persona de su mismo sexo, y el desorden psico-sexual que sufre le lleve a transgredir la obligación de ser fiel a su esposo/a⁴⁸. En ambos casos, el bien de los cónyuges sería de realización imposible.

46 O. Fumagalli Carulli, 'La disciplina del matrimonio e il magisterio conciliare', en *La normativa del nuovo Codice*, de AA.VV., Brescia 1985, p. 216.

47 Sabattani reducía a tres los motivos de nulidad en los supuestos de homosexualidad: a) Impotencia psíquica o funcional; b) *Insania in re uxoria*; c) Exclusión de la prole o fidelidad, si las hubiere (A. Arza Ortega, 'Los trastornos de la esfera psicosexual: su repercusión en el consentimiento matrimonial', en *Curso de Derecho matrimonial y procesal canónico pra profesionales del foro*, Salamanca 1992, p. 218).

48 G. Candelier, 'L'exclusion du *bonum fidei*. Une lecture de sentences de la Rote', en *Revue du Droit canonique*, 44 (1994) 64-66. Rev. A. Mendonça, 'Recent Rotal Jurisprudence on the effects of sexual disorders', en *Studia Canonica*, 26 (1992) 209-233.

— *No se quiere* realizar el acto conyugal debido a la aversión que le provoca alguien que considera de su propio sexo, porque en la homosexualidad falta el sentido de la *alteridad*, consustancial para la complementariedad de la unión de naturalezas. No estaríamos ante un caso de impotencia, de alguien que no puede consumir, sino de un individuo simulante que excluye la ordenación de la generación de la prole, e incluso puede existir una reserva sobre la no exclusividad del acto conyugal (aun sin un rechazo positivo queda afectado igualmente el bien de los cónyuges).

Este esquema nos demuestra cómo la homosexualidad va cerniéndose en torno a lo más íntimamente esencial de la realidad conyugal. La posición en la que se articula no significa que podamos realizar una proximidad a otros capítulos sin reservas, pero sí ver la belleza que entraña la unidad entre los elementos y propiedades esenciales del matrimonio.

Algunas decisiones rotales todavía conservan una visión estricta que orienta la relación conyugal únicamente al acto sexual y, la homosexualidad no ha adquirido carta de naturaleza *per se stans* en el canon 1095, § 3. Así los fundamentos de la sentencia de la S. R. R., c. Stankiewicz, 23-XI-1983⁴⁹, tratan el tema de la homosexualidad como posible causa de incapacidad para realizar los actos de por sí aptos para la generación de la prole que no implica, por lo tanto, una exclusión *voluntaria de la prole*. Las pruebas se dirigen exclusivamente a demostrar si se realizó el acto conyugal rectamente ordenado a la procreación y, de los hechos se desprende que el demandado ni aborrece los actos conyugales ni se ha opuesto a la procreación de la prole, por lo que se declara que no consta la nulidad del matrimonio *in casu*⁵⁰.

La sentencia c. Colagiovanni, de 15 de marzo de 1983⁵¹, afirma bajo una visión profundamente personal que *la sexualidad humana y matrimonial no se limita los actos genitales intrínsecamente ordenados a la procreación, «el hecho de que éstos se puedan realizar no significa que una persona homosexual intercambie sus obligaciones sexuales, de ahí que sea incapaz para asumir las obligaciones esenciales»*.

Esta dimensión personal del matrimonio, no estrictamente procreativa, se vislumbra también en la sentencia c. Funghini, de 19 de diciembre de 1994⁵², que declara constar la nulidad por incapacidad para asumir las obligaciones esenciales por parte del varón, cuya homosexualidad ha sido probada.

1. La incapacidad psíquica consensual y la simulación parcial.

49 Cf. en SRRD, LXXV (1983) 673-687.

50 *Ibid.*, *in facto*, p. 687.

51 Cf. en SRRD, 75 (1983) 96-105.

52 Cf. en *Monitor Ecclesiasticus*, CXXXI (1996) 84-119.

La posibilidad de ser declarado incapaz y simulante a la vez ocupa este segundo cajón de ideas, sólo sustentado en el caso del § 3 del canon 1095⁵³ o *l'incapacità executive* como la denomina *Pompedda*⁵⁴.

El mismo Rotal, en sentencia de 19 de octubre de 1992⁵⁵, pone en juego estas causas de modo sorprendente, ya que la homosexualidad de la mujer provoca su incapacidad para asumir las obligaciones esenciales como el derecho a los actos conyugales y, sin embargo, se declara la nulidad adoptando como causa de nulidad, la exclusión del derecho a dichos actos, quedando subsumida la incapacidad en esta causa considerada principal —simulación parcial—, cuando el rigor jurídico y científico, apuntaría en dirección contraria.

En una decisión de Tribunal inferior, de 24 de octubre de 1996⁵⁶, en concreto, del Tribunal diocesano de *Tournai*, se declara la nulidad por incapacidad, canon 1095, § 2 y § 3, y por exclusión de la indisolubilidad en el mismo contrayente incapaz.

Esta posibilidad de declararse la nulidad del matrimonio por ambos capítulos se imbuye en el mundo de lo imposible si los diseccionamos con nitidez y por separado. El matrimonio celebrado por una persona que es incapaz por padecer un grave defecto de discreción de juicio o no poder asumir las obligaciones matrimoniales, es un negocio jurídico imposible porque el sujeto carece de la facultad de disponer del objeto del contrato, es decir, no puede comprometer la realización de las prestaciones personalísimas que están en la esencia del objeto del matrimonio⁵⁷. Por el contrario, el individuo simulante no quiere celebrar las nupcias o tiene intención de contraer pero excluye positivamente algún elemento o propiedad esencial, teniendo plena capacidad para asumir dichas obligaciones conyugales; es un problema de voluntad⁵⁸.

Ahora bien, en ocasiones hay conexiones de especial interés, así un problema psíquico puede inducir a la simulación.

53 Para Ruano, en el caso de la *incapacitas assumendi*, la incapacidad no lo es para la formación del acto psicológico del consentimiento, sino para el cumplimiento y asunción de los deberes conyugales, pudiendo plantearse una simulación implícita o virtual. Cf. L. Ruano, *La incapacidad para asumir las obligaciones esenciales del matrimonio por causas psíquicas, como capítulo de nulidad*, Barcelona 1989, pp. 79-80. Vid., en el mismo sentido, F. R. Aznar Gil, 'Incapacidad de asumir (can. 1095, § 3) y jurisprudencia de la Rota Romana', en *Revista Española de Derecho Canónico*, 53 (1996) 24.

54 M. Pompedda, 'Lecture du canon 1095 du Code de 1983 à la lumière de la doctrine et de la jurisprudence', en *L'année canonique*, 35 (1992) 263.

55 Cf. en SRRD, LXXXIV, o. c.

56 Cf. en *Il Diritto Ecclesiastico* 1997/2, Parte II, pp. 35-50.

57 M. López Alarcón - R. Navarro-Valls, *Curso de Derecho Matrimonial Canónico y Concordado*, Madrid 1994, pp. 393 ss.

58 Leemos una buena distinción entre incapacidad y exclusión voluntaria en la sentencia del Tribunal del Arzobispado de Barcelona, con fecha de 30 de septiembre de 1993, en *Revista Española de Derecho Canónico* 1994, p. 830.

Algunas disfunciones psíquicas graves según dictamen pericial, pero no lo suficiente jurídicamente para invalidar un matrimonio canónico, pueden encajar en la fisonomía de *causa simulandi* y, como bien sabemos, las causas motivadas, en este caso, explican un escenario biográfico que permite suponer razonablemente la existencia de un acto positivo de exclusión. Un caso concreto lo encontramos en la exclusión de la educación de los hijos, en sentido físico, manifestándose en el abandono de los hijos, el infanticidio, la prostitución de los mismos, etc.

Repárese, no obstante, que si estos *actos graves contra los hijos* pueden estar enraizados en la personalidad del sujeto desde antes de contraer, entraríamos en la óptica de la invalidante incapacidad psíquica del canon 1095⁵⁹. La prolongación o acentuación en el tiempo es susceptible de generar en auténticos y graves efectos distorsionantes en la comunidad conyugal, que es donde se focaliza el contenido del canon 1095, § 3. Aunque los hechos se manifiestan en el *in facto esse*, su raíz psíquica y origen causal son anteriores a la celebración del matrimonio. La dificultad reside precisamente en probar la antecendencia de la causa psíquica y la antecendencia de su efecto jurídico final.

Y es que, como afirma Viladrich, *un defecto radical en la estructura esencial del matrimonio, si es constitutivamente estructural, se manifiesta siempre en los precedentes, en el período coetáneo y en subsiguiente al momento nupcial, constituyendo, sea cual sea la modalidad de los hechos singulares, un continuo biográfico, que es precisamente la línea a probar para alcanzar la certeza de que el defecto es de índole radical*⁶⁰.

V. LA FECUNDACIÓN ARTIFICIAL Y LA EXCLUSIÓN DEL BIEN DE LA PROLE

A) Incidencia jurídica de las técnicas de reproducción asistida

Para remediar tanto la esterilidad como la infertilidad⁶¹, que impiden lograr descendencia, se practican desde hace tiempo y surgen nuevas y cada vez más perfeccionadas técnicas de reproducción asistida⁶². La principal diferencia entre

59 P.-J. Viladrich, cap. IV. *De consensu matrimoniali*, en *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*, vol. III, Pamplona 1996, p. 1352.

60 P.-J. Viladrich, *Estructura esencial del matrimonio y simulación del consentimiento*, Pamplona 1997, p. 55.

61 *El término esterilidad indica imposibilidad de efectuarse la fecundación, mientras el de infertilidad expresa la imposibilidad de tener hijos vivos, pero siendo posible la fecundación y, por tanto, el desarrollo de un embrión o feto.* (I. Tarancón Martínez, 'La esterilidad: Alternativas a tratamiento', en *Innovaciones científicas en la reproducción humana. Aspectos biológicos, psicosociales, antropológicos, éticos y jurídicos*, Valladolid 1987, p. 95).

62 La Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre reproducción asistida humana, emplea esta terminología de las «técnicas de reproducción asistida». Si bien la ley no contiene una específica definición,

las distintas técnicas reside en que en algunas la fertilización de los gametos tiene lugar en el interior del seno de la mujer⁶³, mientras que en otras la fertilización es extracorpórea⁶⁴.

Constituirán el objeto de nuestro estudio aquellas prácticas orientadas a obtener un nuevo ser humano sin la previa realización de la cópula. La consideración que sobre ellas se haga atenderá a este carácter esencial con independencia del método concreto que se utilice en unas u otras. Sirva esta indicación de su objeto como definición con carácter amplio de las técnicas de reproducción asistida tomadas en su conjunto.

Quedan incluidos, por tanto, en el objeto de este trabajo, todos los nuevos procedimientos artificiales en tanto en cuanto sean sustitutivos de la unión sexual en orden a la procreación humana; no así aquellas técnicas o mecanismos que si bien son artificiales e intervienen en el proceso generativo no reemplazan el hecho biológico que lo pone en marcha en el orden natural.

Al operar en el concreto ámbito de la procreación, suscitan los procedimientos de procreación artificial un especial interés y preocupación. A nadie se le escapa que no es moralmente ilícita una técnica por el hecho de ser artificial, no todo lo científico es inmoral. Del mismo modo, tampoco lo es toda intervención como tal en los procesos procreativos⁶⁵. No sólo no es inmoral la práctica científica en el proceso de generación humana, sino que, tampoco produce incidencia ninguna en el ámbito jurídico. Por tanto, la artificialidad que caracteriza a todas las técnicas carece de relevancia jurídica en lo que al matrimonio canónico se refiere, entendiendo la artificialidad como actuación de la ciencia o intervención de la técnica, en este caso en el terreno del matrimonio.

Esta afirmación nos invita a introducir una observación, es sabido que el Magisterio oficial de la Iglesia Católica condena la inmoralidad de los mecanismos de procreación artificial⁶⁶, pero es tarea del jurista examinar como afectan en la

en el artículo 1.2 y tras haber enumerado en el apartado anterior las técnicas que constituyen el ámbito de aplicación de la ley, se señala cuál es la finalidad de las mismas: *Las técnicas de Reproducción Asistida tienen como finalidad fundamental la actuación médica ante la esterilidad humana, para facilitar la procreación cuando otras terapéuticas se hayan descartado por inadecuadas o ineficaces* («BOE» núm. 282, de 24 de noviembre de 1988).

63 Sobre la inseminación artificial, *vid.* C. Ochoa Marieta, 'La inseminación artificial y la transferencia intratubárica de gametos (TIG)', en *Innovaciones...*, cit., pp. 183-199.

64 *Vid.*, para una explicación sintética del proceso de la fecundación *in vitro*, M.ª D. Vila-Coro, *Huérfanos biológicos. El hombre y la mujer ante la reproducción artificial*, Madrid 1997, pp.19-20.

65 Cf. Congregación para la Doctrina de la Fe, 'Instrucción *Donum Vitae*, sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación (22.II.1987)', II, 7, AAS 80 (1988) 70-102.

66 *Illicitud de la fecundación artificial heteróloga. La fecundación artificial heteróloga es contraria a la unidad del matrimonio, a la dignidad de los esposos, a la vocación propia de los padres y al derecho de los hijos a ser concebidos y traídos al mundo en el matrimonio y por el matrimonio. Estas razones determinan que deba juzgarse moralmente ilícita... Illicitud de la fecundación homóloga <<in vitro>>. Esta técnica no posee toda la negatividad ética de la procreación artificial. Pero, en sí misma, es ilícita y contraria a la dignidad de la procreación y de la unión conyugal, aun cuando*

aplicación del derecho matrimonial canónico, consciente de las estrechas relaciones entre moral y derecho en el ordenamiento canónico. En este sentido y con mucha anterioridad al primer proceso de fecundación *in vitro* realizado con éxito, en 1978, el papa Pío XII, además de calificar cualquier clase de fecundación artificial de inmoral, afirmaba ya que se trata de una cuestión también jurídica. *La práctica de esta fecundación artificial, en cuanto se trate del hombre, no puede ser considerada ni exclusivamente, ni aun principalmente, desde el punto de vista biológico y médico, dejando de lado el de la moral y el derecho*⁶⁷.

La denominación que se emplea para aludir a estas técnicas como «técnicas de reproducción artificial», no expresa que la procreación del nuevo ser humano sea innatural o no natural. En nuestra opinión, mientras las células de cuya fusión resulta el neoconcebido no sean fabricadas artificialmente, no podemos afirmar que la procreación es artificial en este sentido de extraño a la naturaleza, ni mucho menos es posible sostener esto con respecto al hijo nacido mediante inseminación o fecundación *in vitro*, el hijo traído al mundo de este modo no es artificial aun cuando haya sido tratado como si de un producto científico se tratase.

Nuestro estudio se centra en determinar la posible relevancia jurídica de las técnicas de reproducción asistida en el orden jurídico canónico, esto es, si algún aspecto con relación a estos métodos de procreación altera los presupuestos fundamentales del matrimonio canónico.

Dada la necesaria brevedad del trabajo, nos centraremos en examinar en qué medida se ve afectado el consentimiento matrimonial por la decisión del contrayente de engendrar los hijos mediante alguna de las técnicas, tal y como han quedado definidas. En concreto, examinaremos cuál es su incidencia en el bien de la prole en orden a la posibilidad de ocasionar la nulidad del matrimonio canónico por exclusión de este fin esencial del matrimonio recogido en el canon 1055.

Antes de continuar se hace necesario hacer una precisión, es sabido que las técnicas de reproducción asistida se clasifican en homólogas y heterólogas, aludiendo con ello a la procedencia de los gametos que se emplean en la fertilización. Santos Ruiz explica estos conceptos con referencia a la inseminación, si bien se aplican también a la fecundación *in vitro* o a cualquier otro medio de procreación no natural⁶⁸. Nosotros tomamos las técnicas en su conjunto, por cuanto la

se pongan todos los medios para evitar la muerte del embrión.... Valoración moral de la inseminación artificial homóloga. No se puede admitir, salvo en el caso de que el medio técnico no sustituya el acto conyugal, sino que sirva de facilitación y ayuda para que aquél alcance su finalidad natural. (Congregación para la Doctrina de la Fe, 'Instrucción *Donum Vitae*...', cit. II, A), B).

67 Pío XII, 'Discurso «Votre présence» al IV Congreso Internacional de Médicos Católicos (29-IX-1949)', AAS 41 (1949) 557-561.

68 *La inseminación artificial... puede ser homóloga, con semen del cónyuge o IAC, y heteróloga, con espermatozoides de un dador, donante o IAD. Algunos consideran que tanto la IAC, como la IAD,*

generación tiene lugar sin previa unión sexual de los cónyuges, sean éstos los portadores de las células germinales o interviniendo un tercer donante⁶⁹.

B) *Hipótesis de exclusión del bien de la prole*

Conforme a las ideas expuestas en anteriores epígrafes y siendo la exclusión del bien de la prole un supuesto de simulación parcial, la cuestión estriba en determinar si la utilización de las técnicas de reproducción asistida daña o no el orden natural del matrimonio que el ordenamiento canónico ha fijado en los mínimos necesarios para contraer matrimonio, es decir, si es susceptible de darse una falta de objeto en el consentimiento.

Ya hemos aludido al contenido amplio del *bonum prolis*, decíamos que es pacífica la consideración de que éste comprende el derecho-obligación a la concepción, parto, recepción y conservación de la vida de la prole. Es sabido que ha sido necesaria una compleja evolución doctrinal y jurisprudencial en ese sentido.

Nunca ha habido discrepancia alguna sobre la natural ordenación del matrimonio cristiano al fin de la procreación, por eso la jurisprudencia ha sido bastante uniforme a favor de la nulidad ante un caso en que se negase esa ordenación; es en el modo de llegar a ello donde sí ha habido diferencias y posiciones totalmente contrapuestas: algunos solucionaban el asunto argumentando que el objeto formal del matrimonio incluía los fines esenciales, es decir, ampliando el objeto formal⁷⁰; otros entendían la exclusión del *bonum prolis* como un capítulo de nulidad autónomo con base en el canon 1013, § 1, el cual comprendía no sólo el derecho a la cópula conyugal sino otras modalidades que atentasen contra la ordenación intrínseca del matrimonio a la prole. Así, Barberena afirmaba en un artículo sobre la reproducción artificial: *La procreación debe entenderse también, no sólo en sentido biológico básico (cópula coniugal) sino en sentido humano; comprende la cópula, la fecundación, la preñez, el parto, la suceptio sobolis en la sociedad conyugal, su alimentación y cuidado y su educación hasta que pueda valerse por sí mismo, pues sólo entonces está el hombre procreado*⁷¹.

son inseminaciones análogas, y reservan la denominación de heteróloga a la realizada con semen de otra especie animal (A. Santos Ruiz, *Instrumentación genética*, Madrid 1987, p.43).

69 Para una muestra de los posibles conflictos que la práctica de estas técnicas homólogas y heterólogas pueden originar en sede civil en Derecho comparado, *vid.* R. Navarro-Valls, *Matrimonio y Derecho*, Madrid 1994, pp. 118-126.

70 *Vid.* sentencias c. Fideicicchi, de 12 de julio de 1949, en SRRD, 41, p. 381; c. Lamas, de 17 de febrero de 1955, en SRRD, 47, pp. 149 ss.

71 T. G. Barberana, 'Adulterio casto', en *Revista Española de Derecho Canónico*, vol. XVII (1962), núm. 49, p. 34. En este artículo, no obstante, se considera tan sólo la violación que las prácticas de reproducción artificial operaban con respecto al *bonum fidei*.

Con la promulgación del *Codex* 83 y al sustituirse la terminología *todo el derecho al acto conyugal* del canon 1013, § 1 por la del actual canon 1101, § 2 *un elemento esencial del matrimonio* ya no hay duda sobre la autonomía de la exclusión del bien de la prole como capítulo de nulidad con respecto al objeto formal del matrimonio, que el canon 1055, § 1 afirma ser el *consortium totius vitae*⁷². En lógica correspondencia el acto creador del matrimonio viene fijado como *el acto de voluntad por el cual el varón y la mujer se entregan y aceptan mutuamente en alianza irrevocable para constituir el matrimonio*⁷³, puesto que sólo una entrega tal puede dar origen a un consorcio de toda la vida.

El conflicto que la práctica de las técnicas de reproducción artificial suscita no es idéntico al que nos venimos refiriendo, sin embargo, nos resultará útil fijarnos en el modo en que se solucionó el primero, partiendo de que en ambos casos nos movemos en el terreno de la procreación.

El contrayente que tiene la intención decidida de tener los hijos mediante alguna técnica de procreación asistida no excluye el derecho al acto conyugal, ni siquiera excluye que el acto conyugal esté ordenado a la procreación, por supuesto tampoco los hijos, pues su voluntad se dirige directamente a la obtención de la prole. En consecuencia, resulta indispensable que nos cuestionemos qué voluntad subyace en estos supuestos. Pues bien, lo que el sujeto excluye cuando decide antes de contraer matrimonio engendrar sus hijos a través de técnicas de reproducción asistida es la ordenación natural del matrimonio a la generación de la prole *a través del acto conyugal*. La motivación que le lleve a tal decisión es irrelevante a la hora de situar la cuestión en el *bonum prolis*, ya sea aquella la imposibilidad de concebir de forma natural, ya sea la simple preferencia de estos modos procreativos en cuanto alternativos, en ambos casos se persigue lo mismo: la generación del hijo sin ser fruto de la relación sexual⁷⁴.

Se trata de precisar, supuesta la firme y *actual* (o cuando menos *virtual*) voluntad del contrayente en el momento de la emisión del consentimiento, de emplear cualquiera de las técnicas de reproducción asistida y concurriendo los demás requisitos del acto positivo de la voluntad⁷⁵, si existe una voluntad con-

72 Vid. c. Stankiewicz, 26 maggio 1983, y comentario de P. A. Bonnet, en *Il Diritto Ecclesiastico*, fasc. IV (1984), pp. 301-350.

73 CIC 1983, canon 1057, § 2.

74 No es materialmente posible profundizar en el asunto de la motivación, tan sólo nos permitimos apuntar una breve reflexión. Guarda la cuestión gran relación con el controvertido requisito de la temporalidad o perpetuidad y de la exclusión del derecho o del ejercicio del derecho. La incapacidad para la procreación por esterilidad o infertilidad supone que la decisión de recurrir a la fecundación artificial se hará con carácter perpetuo, para cada uno de los hijos que se desee concebir. Cuando la motivación consista, por ejemplo, en el temor al parto o en el temor al deterioro del cuerpo, es posible que se tratase tan sólo de una exclusión del ejercicio del derecho. En esta segunda hipótesis no resultaría nulo el matrimonio y, sin embargo, parece que es más reprochable que la primera.

75 Ya ha sido apuntado lo referente al requisito de la perpetuidad en p. 6 y la distinción entre la exclusión del derecho y del ejercicio del mismo.

traría al matrimonio esencialmente ordenado a la generación y educación de la prole, es decir, si se produce un rechazo del *bonum prolis*. Examinamos, en definitiva, si este fin esencial del matrimonio abarca la concepción de los hijos mediante la cópula conyugal con carácter exclusivo, pues en caso afirmativo, habríamos de concluir que nos encontramos ante un supuesto de simulación parcial por exclusión del bien de la prole.

En consecuencia con lo antedicho, entendemos que la opinión o convicción favorable con respecto a la práctica de técnicas reproductivas artificiales no puede constituir causa de nulidad por simulación parcial. De acuerdo con Olmos Ortega y Molina Meliá, *lo decisivo no son las convicciones generales sobre el matrimonio o sus propiedades que tengan los contrayentes... Esta predisposición genérica respecto de la naturaleza y propiedades no siempre pasa a ser actual, es decir, no influye siempre en la forma de decisiones concretas y que afecten directamente al interesado*⁷⁶. Podría considerarse en ese caso la existencia de un error determinante de la voluntad, pero no es tema del que en esta comunicación nos ocupemos.

Concretado ya con exactitud el objeto de controversia que nos ocupa, y siendo el eje de nuestro análisis determinar si hay una falta de objeto del consentimiento y por ende un supuesto de simulación parcial, fijemos de nuevo nuestra atención en la evolución que se ha producido en torno a la exclusión del bien de la prole. Muy sintéticamente: se apreció que la posibilidad de evitar en la práctica la concepción o incluso el nacimiento de los hijos suponía un ataque contra el bien de la prole establecido como fin esencial primario. Se entendía también que este fin era consustancial al matrimonio y que un consentimiento del que se eliminaba no podía originar un matrimonio válido. Finalmente, a pesar de que la exclusión del bien de la prole no estaba contemplada como supuesto de simulación parcial se impuso su inclusión como un capítulo de nulidad autónomo, así como se amplió el contenido de éste.

En lo que a las técnicas de reproducción asistida se refiere, no es necesario añadir ningún capítulo de nulidad, en todo caso habría que llevar a cabo una nueva ampliación del contenido del *bonum prolis*. Observamos que aquella se realizó mediante una aproximación mayor a la verdadera esencia del matrimonio canónico, con lo que quedase mejor delimitado lo que atenta contra la sustancia del matrimonio. Creemos que es en esta línea en la que debe seguirse a la hora de solventar nuevos conflictos, siendo claramente uno de ellos la aparición de métodos de procreación artificiales.

Ciertamente, quien contrae con la decisión de utilizar anticonceptivos que impidan la fecundación atenta contra la ordenación del matrimonio a la prole, evitando el aspecto procreativo que conlleva la realización del acto sexual.

76 A. Molina Meliá - M.^a E. Olmos Ortega, *Derecho matrimonial canónico sustantivo y procesal*, Madrid 1985, pp. 225-226.

Con las técnicas de reproducción asistida no se trata de evitar la prole pero sí de eliminar un aspecto, en este caso el unitivo, propio del acto sexual, en la generación de la prole. Sin llegar a entrar en el tema de la nulidad con ocasión de la reproducción artificial, Dammacco afirma ser ajena a la voluntad de los cónyuges la separación de los dos aspectos del acto conyugal y ser éste una concreta expresión de la relación interpersonal de los cónyuges: *L'unità di rapporto tra i coniugi trova una peculiare espressione nell'unità dei corpi attraverso l'atto sessuale unitivo, dal quale non può essere scisso l'atto procreativo, che dell'unità è frutto. Sicchè, viene ad affermarsi un principio di carattere generale, consistente nell'affermazione di un'inscindibilità tra sessualmente unitivo e procreazione*⁷⁷.

También Burke se manifiesta en el mismo sentido: *It is natural therefore to want sexual union in that specific aspect which constitutes its true uniqueness: a sharing together in a power —the result of sexual complementarity— to bring about a new life. To dismiss this natural desire as merely «biological» shows a deficient understanding of sexuality: a failure to appreciate its doubly personalist nature*⁷⁸.

La inseparabilidad del aspecto unitivo y del procreativo de la relación sexual como esencial al matrimonio canónico en cuanto a la ordenación a la procreación, de forma que la voluntad de separarlos sustituyendo la relación sexual por un mecanismo artificial constituya una modalidad de exclusión del *bonum prolis* no está determinada como tal en el CIC. Gherro nos sugiere una vía para identificar lo que es esencial al matrimonio canónico, refiriéndose él a los elementos esenciales el canon 1101, § 2: *Viene, in fatti, in considerazione l'esclusione degli «elementa», cui il Codex vigente fa riferimento al can. 1101, § 2, ma senza fornire indicazioni adeguate per la loro identificazione. Per procedere all'interpretazione della norma, è già apparso fondamentale il ricorso al insegnamento del Magisterio*⁷⁹.

El Magisterio es rotundo en este aspecto, pues se trata de un principio invariable en la doctrina de la Iglesia⁸⁰. Y también del propio *Codex* se extrae la misma conclusión. El canon 1061, § 1 afirma la ordenación natural del matrimonio al *acto conyugal apto de por sí para engendrar la prole*; y

77 G. Dammacco, 'Manipolazioni genetiche, procreazione artificiale e diritto canonico: contributo per una lettura dell'Istruzione *Donum Vitae*', en *Il Diritto di famiglia e delle persone*, vols. 3-4 (1987) 1093.

78 C. Burke, 'Matrimonial consent and the *bonum prolis*', en *Monitor Ecclesiasticus* 1989-III, p. 404.

79 S. Gherro, 'Considerazioni canonistiche in tema di fecondazione artificiale', en *Il Diritto di Famiglia...*, cit., p. 1210.

80 Cf. Pío XII, 'Discurso a los participantes en el II Congreso Mundial de Nápoles sobre la fecundidad y la esterilidad humana, 19 de mayo de 1956', AAS 48 (1956), p. 470; Pablo VI, Enc. *Humanae Vitae* 12, AAS 60 (1968); Conc. Vat. II, Const. past. *Gaudium et Spes*, 51; Congregación para la Doctrina de la Fe, Instrucción *Donum Vitae...*, cit., V- II- B) 4.

el 1096, § 1 exige para la validez del consentimiento matrimonial que los cónyuges no ignoren que el matrimonio se encuentra ordenado a la procreación de la prole *mediante una cierta cooperación sexual*. Deducimos que el fin de la ordenación generación de la prole que es esencial al matrimonio hace referencia a la realización de la cópula conyugal como medio para realizar dicha ordenación.

Habíamos destacado del modo en que se solucionaron conflictos anteriores con respecto al *bonum prolis*, el esfuerzo por delinear mejor la verdadera naturaleza del matrimonio canónico para adecuar el derecho a ella; es el mismo empeño que todo el Concilio Vaticano II mantiene y que refleja la concepción personalista del matrimonio del *Codex* vigente. Siendo la cópula el hecho que conforme el orden natural da inicio al proceso de la reproducción humana, consideramos que las técnicas de reproducción artificial para engendrar la prole sacan el fenómeno de la procreación de su contexto *personal* que viene determinado por el acto sexual.

En la doctrina hay variedad de opiniones, siendo común la distinción entre técnicas homólogas y heterólogas. Así, algunos opinan que las técnicas homólogas atentan contra el bien de los cónyuges, pues se utiliza al cónyuge como un mero instrumento de transmisión de la vida, como un donante; mientras que las heterólogas atentan contra la propiedad de la unidad y con la obligación de la fidelidad⁸¹. Para otros autores las técnicas homólogas afectan al bien de la prole y al de los cónyuges, las heterólogas tan sólo al de la fidelidad⁸².

Más original es la opinión de los que entienden que las técnicas homólogas atentan únicamente contra el bien de la fidelidad por reservarse el sujeto un derecho que pertenece en exclusiva al otro contrayente⁸³.

García Faílde estima que las técnicas de fecundación artificial homólogas afectarían al *bonum prolis* y las heterólogas al *bonum fidei*. Fundamenta este autor la exclusión, por lo que al bien de la prole se refiere, en que *el derecho que se adquiere y la obligación que se asume con el matrimonio no es un derecho y*

81 S. Gherro, 'Considerazioni...', cit., pp. 1199-1217.

82 *Ugualmente contrario alla sostanza del matrimoni, sotto il profilo di un altro elemento essenziale, il bonum prolis, va considerato l'atteggiamento di colui che, per qualche forma di fobia o di particolare fissazione, rifiuta la generazione per via naturale, accettando di avere figli dal proprio coniuge soltanto attraverso una qualche tecnica di procreazione artificiale. Un tal intervento viene a porsi in contrasto con l'ordinatio ad prolem del matrimonio... L'accettazione della generazione in se stessa, al di fuori della base naturale e personalistica da cui deve scaturire (così come avverrebbe per l'accettazione di eventuali figli adottivi, con esclusione di figli propri), non è quindi sufficiente ad integrare il bonum prolis, non dà vera attuazione a questo elemento essenziale ed irrinunciabile del matrimonio* (P. Moneta, 'Procreazione artificiale e diritto matrimoniale canonico', en *Il Diritto di Famiglia...*, cit., p. 1309).

83 M. Eiranova Encinas, 'Reservarse el derecho a la fecundación artificial produce la nulidad del matrimonio?', en *La Ley*, núm. 4478, pp. 1-4. Esta autora afirma que en caso de fecundación heteróloga la nulidad sería por exclusión del bien de la fidelidad y de la prole.

*una obligación a tener hijos de cualquier modo o por cualquier procedimiento, sino un derecho y una obligación a tenerlos mediante el acto copulatorio*⁸⁴.

No podemos detenernos en cada modalidad de práctica reproductiva artificial ni en cada situación que alrededor de éstas pueda darse, nos hemos limitado a comprobar como la sustitución del acto sexual para engendrar los hijos despersonaliza el fenómeno de la procreación y es contrario a la naturaleza del matrimonio. Concluimos con ello que debe contemplarse como una modalidad de exclusión del fin esencial del matrimonio a la generación y educación de la prole.

VI. CONCLUSIONES

1.^a Si bien existen diversos pareceres acerca de la clasificación de los elementos esenciales del matrimonio, nadie duda de que *la ordenación a la prole* es uno de ellos. Está *dentro de este núcleo esencial del matrimonio canónico*, con un contenido distinto al del bien de los cónyuges, aun cuando necesariamente el detrimento del primero atenta contra el segundo y viceversa. Con la consecuencia de que *en caso de excluirse* por algún contrayente hace *inválido el consentimiento matrimonial* en orden a constituir el matrimonio.

2.^a La *homosexualidad incide en lo más esencial de la comunidad conyugal*, ya sea con referencia a la incapacidad para la realización del acto sexual conyugal —impotencia—, o a la incapacidad para la emisión de un consentimiento válido, y en este segundo caso, bien porque la homosexualidad incapacita al sujeto para asumir las obligaciones matrimoniales —como las que resultan de la ordenación al *bonum prolis*, al *bonum fidei* o al *bonum coniugum*— puesto que no dispone del objeto sobre el que se consiente, bien porque le imposibilita para realizar un juicio práctico acerca de las obligaciones esenciales.

3.^a La simulación presume la capacidad del sujeto simulante para emitir un consentimiento matrimonial válido, de donde resulta *jurídicamente incompatible la declaración de nulidad por alguno de los supuestos causales de incapacidad del canon 1095 —debido a la homosexualidad— y, simultáneamente, por causa de simulación parcial*.

4.^a La posible conexión entre la incapacidad psíquica consensual y la simulación parcial se encuentra en que algunas *disfunciones psíquicas no tienen la gravedad jurídica para invalidar el consentimiento pero sí son susceptibles de constituir una «causa simulandi»*.

84 J. J. García Failde, 'Incidencia de las técnicas de reproducción artificial asistida en la exclusión de la prole y de la fidelidad', en *Separata de Curso de Derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro*, vol. XII, Universidad Pontificia de Salamanca, p. 271.

5.^a La *intencionalidad* de quien decide tener hijos mediante alguna técnica de reproducción asistida es la obtención efectiva de la prole a través de la sustitución de la unión sexual en orden a la procreación humana por una técnica científica. *El carácter científico de las técnicas de reproducción artificial no tiene relevancia jurídica alguna para el ordenamiento canónico.*

6.^a Esta *intencionalidad es excluyente de la voluntad de ordenación del matrimonio al bien de la prole*, que encierra en sí la verdadera voluntad matrimonial, con base en constituir la realización del acto conyugal un presupuesto jurídicamente inescindible de la generación de los hijos.

7.^a La *ordenación a la prole queda despersonalizada* al eliminar el acto sexual a través de la utilización de técnicas de reproducción artificial, pues la cópula realizada entre los cónyuges aporta el elemento personal al fenómeno de la procreación.

Irene M.^a Briones Martínez
María Domingo Gutiérrez
Universidad Complutense de Madrid