

## LA DOCTRINA DEL *HUMANO MODO* Y LAS TÉCNICAS BIOMÉDICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

### LA IMPORTANCIA SOCIAL DE ESTAS TÉCNICAS BIOMÉDICAS

Hoy día, como un producto tecnológico más, consustancial a nuestra civilización occidental, se nos ofrece una serie de opciones biomédicas, cada vez más sofisticadas y que cada vez llegan más lejos al intentar vencer el problema de la infertilidad en la pareja. Las nuevas técnicas de reproducción humana ejercen sobre nosotros fascinación y recelo a la vez, quizá porque resultan sorprendentes y espectaculares, pero, quizá también, porque tenemos la sensación de que instrumentalizan demasiado el inicio de la vida humana.

Los más fundamentales derechos de la persona van a entrar en juego cuando se recurra a estas técnicas reproductivas. Valores como la vida, la libertad, la intimidad... van a tener que ser salvaguardados celosamente para que no caigamos en la tentación de creer que el fin (tener un hijo) va siempre a justificar cualquier medio y cualquier atenuación de tales valores inherentes a la persona. El Derecho tiene una especial responsabilidad en esta tarea.

En un proceso de fecundación natural se requiere la realización de una cópula sexual que recoge varios momentos desde un punto de vista fisiológico: la erección del pene, su penetración en la vagina y la eyaculación de líquido seminal, momentos que han servido de base a la doctrina canonística para la definición de la cópula conyugal que consuma el matrimonio desde sus elementos fisiológicos. En un momento posterior al coito, los espermatozoides, que se han formado en los testículos del varón y han sido depositados en la vagina de la mujer, van a ascender por el aparato reproductor femenino hasta que uno de ellos fecunde al óvulo, cuya producción se realiza de forma cíclica en los ovarios femeninos. Esta unión entre un espermatozoide y un ovocito tiene lugar en las trompas de Falopio de la mujer y dará lugar a un cigoto o embrión. A partir de ese momento, ese embrión poseerá un patrimonio genético propio, diferente al de sus padres

y sufrirá una serie de cambios que tienen como fin el desarrollo de una nueva persona humana.

Pero ¿qué hacer en los casos en que nos encontramos ante la imposibilidad de tener descendencia? En este punto es donde surge la respuesta técnica de la biomedicina, que pone a nuestro alcance una serie de posibilidades técnicas capaces de hacernos superar la infertilidad.

La doctrina canónica se ha centrado en el estudio de las implicaciones meramente físicas de la realización de las técnicas de reproducción humana, en sus repercusiones en la consumación o inconsumación del matrimonio... Sin embargo, no se han analizado las repercusiones que, desde un punto de vista jurídico, puede tener el proceso por el cual los cónyuges deciden involucrarse en ese tratamiento de fertilidad, ni de cómo deben desarrollarse tales técnicas reproductivas; ni se ha incidido suficientemente en el estudio de la importancia jurídica del coste psicológico que el mismo proceso de realización de estas técnicas pueda tener para la pareja (tensión emocional, ansiedad, falta de información...), ni de cómo estas circunstancias pueden llegar a manipular o anular la voluntad real de la pareja, ni se ha detallado cómo ha de articularse el proceso del consentimiento a la realización de estas técnicas biomédicas que asisten a la cópula conyugal. No se ha planteado la utilidad de la doctrina canónica del *humano modo* en un protocolo de actuación frente a estas técnicas biomédicas que nos guíe entre las condiciones en las que la pareja debe afrontar las técnicas de reproducción asistida para respetar la libertad de los cónyuges y la humanidad de sus actos durante todo el proceso que va a dar lugar a la generación de una nueva vida humana y que debe implicar una aceptación libre y consciente por parte de la pareja.

La importancia social de estas técnicas biomédicas es significativa y aún lo será mucho más en el futuro, ya que son utilizadas diariamente en nuestro país desde hace años y desde 1984 a 1997 han nacido unos 60.000 españoles por medio de estas técnicas<sup>1</sup>. Además, la incidencia de la infertilidad en nuestro país ha sido establecida en torno al 14 % de la población, afectando por igual a hombres y mujeres, considerándose que entre los siete millones de mujeres españolas en edad fértil, hay unas 800.000 que pudieran sufrir problemas de infecundidad. De este modo, unas 39.000 españolas acuden a consulta a algún centro de reproducción de nuestro país cada año al tener problemas para obtener descendencia de forma natural<sup>2</sup>.

1 Datos facilitados por la Sociedad Española de Fertilidad (SEF).

2 J. A. Peinado - F. Boumar, 'Esterilidad e infertilidad: aproximación a su incidencia y a la demanda previsible de servicios', in: *Reproducción Humana*, 1996, 235-45.

Todos estos datos perfilan un panorama en el cual estas técnicas biomédicas de reproducción humana cobran un creciente protagonismo social ante el cual el Derecho no ha podido permanecer impasible, sino que ha de preocuparse por estudiarlas desde las diversas ópticas jurídicas posibles: Derecho civil, penal, Filosofía del Derecho y, desde luego, también desde el Derecho eclesiástico y el Derecho canónico, para así confluír en una doctrina jurídica bien fundamentada, pluridisciplinar y útil a la sociedad. Con este fin, pasamos a analizar el concepto de *humano modo*, para establecer las bases teóricas previas que nos permitan después interrogarnos no sólo sobre qué clase de intervenciones biomédicas son lícitas, sino en qué condiciones han de ser aplicadas en los pacientes para que sigan siendo moralmente aceptables.

### 1. La doctrina del «humano modo» tras la promulgación del Código

Superado el naturalismo del CIC de 1917, el Código vigente asume plenamente la teoría y la filosofía del Concilio Vaticano II, de cuño personalista<sup>3</sup>, por eso el canon 1061,1 ha sido considerado como 'el triunfo del personalismo sobre el naturalismo anterior'<sup>4</sup> y en el estudio que la doctrina jurídico canónica realiza del nuevo canon va a destacarse su gran diferencia con el concepto de consumación del antiguo canon 1015, considerándose un acierto el mismo cambio del modo verbal del texto: el antiguo canon 1015,1 enfatizaba el hecho físico y material del encuentro sexual: «... *si inter coniuges locum abuerit coniugalís actus*», mientras que el nuevo canon 1061,1 enfatizaba las consideraciones personales de los esposos como agentes del acto sexual: «... *si coniuges inter se humano modo posuerunt coniugalem actum*». El legislador añade el *humano modo* a la definición de matrimonio rato y consumado como una interpretación del concepto de consumación marital contenido en el Derecho natural<sup>5</sup>.

#### A) La Carta Circular «*De processus super matrimonio rato et non consummato*», de 20 de diciembre de 1986

Son de la sola competencia de la Congregación de Sacramentos el examen de los casos de inconsumación y la apreciación de la existencia de justa

3 C. Corral Salvador - J. M. Urteaga Embil, *Diccionario de Derecho canónico*, Madrid 1989, 387; F. López Zarzuelo, *El proceso canónico de matrimonio rato y no consumado*, Valladolid 1991, 110.

4 C. Corral Salvador - J. M. Urteaga Embil, *Diccionario de Derecho canónico*, o. c., 390.

5 M. F. Pompedda, 'La nozione di matrimonio rato e consumato secondo el can. 1061,1 del CIC e alcune questioni processuali di prova e di merito', in: *Monitor Ecclesiasticus* 110 (1985) 362-364.

causa para otorgar la dispensa de matrimonio rato y no consumado<sup>6</sup>. En su Congregación plenaria, celebrada del 15 al 17 de abril de 1986, discutió el significado del *humano modo*, siendo el cardenal Pietro Palazzini quien sirvió de relator de esa discusión y que lo describió únicamente en términos de acto humano, para lo cual recordó la doctrina de santo Tomás de Aquino del *actus humanus*<sup>7</sup>. Las discusiones de la Congregación plenaria se ciñeron al punto de vista contenido en la *relatio* y fruto de ellas surgió la Carta Circular «*De processu super matrimonio rato et non consummato*», de 20 de diciembre de 1986<sup>8</sup>, que establece unos criterios de interpretación del *humano modo* para ayudar a los obispos en la instrucción de los casos de dispensa *super rato*. La Carta Circular excluye categóricamente la consumación *humano modo* en caso de que se realice con violencia física, pero no se aceptó el miedo como condición invalidante, ni al *animus maritalis* como elemento esencial del modo humano<sup>9</sup>. Aunque algunos miembros de la Congregación encontraban contrarios a la consumación del matrimonio de modo humano, el uso de contraceptivos, el sadismo, el exhibicionismo... la Carta Circular no entra a valorarlas; aunque numerosas sentencias de la Rota Romana ya habían incluido diversas anomalías y perversiones sexuales como condiciones bajo las cuales no podía consumarse un matrimonio de modo humano<sup>10</sup>.

Se señala que es necesario que el acto sea humano por ambas partes, pero basta que sea *virtualmente voluntario, con tal que no sea exigido violentamente* y no se entenderá dentro del concepto de *humano modo* cualquier otro elemento psicológico que vuelven al acto humano más fácil o más apetecible. Si la consumación puede ser un acto virtualmente voluntario, la advertencia actual puede estar ausente durante la realización de la cópula, pues ya existe un acto voluntario previo (el consentimiento matrimonial) que se considera aún virtualmente vigente.

6 Pablo VI, Constitución Apostólica *Regimini Ecclesiae universae*, de 15 de agosto de 1967 (AAS S9 [1967] 904); Juan Pablo II, Constitución Apostólica *Pastor bonus*, de 28 de junio de 1988 (AAS 80 [1988] 877).

7 *Summa Theologica*, I-II, q.I, art. I.

8 *Communicationes* 20 (1988) 78-84.

9 La votación en la Congregación plenaria se hizo sobre la base de una pregunta y respuesta propuestas por el cardenal Palazzini: «Utrum verba 'humano modo' de quibus in can. 1061,1 ita intelligenda sint ut requiratur actus humanus saltem virtualiter voluntarius vel aliquid amplius? Affirmative ad 1.um; Negative ad 2.um». De los 19 miembros de la Congregación presentes en la plenaria, 15 votaron a favor de la propuesta y cuatro se abstuvieron (vid. P. J. Jugis, *A canonical analysis of the meaning of humano modo in canon 1061,1*, Whashington 1992, 324).

10 c. Serrano, de 30 de abril de 1974 (SRRD 66 [1974], dec. 81, 304-321); c. Raad, de 14 de abril de 1975 (SRRD 67 [1975], dec. 49, 238-272); c. Serrano, de 28 de julio de 1981 (SRRD 73 [1981], dec. 123, 413-436).

## B) Elementos del *humano modo*

Doctrinalmente, la necesidad de que la unión conyugal se realice de un modo humano, tiene antecedentes jurisprudenciales claros<sup>11</sup> y antes de la promulgación del CIC de 1983 ya se habían resuelto varios casos utilizando argumentos que se anticipan a la doctrina de la consumación de modo humano, pero que se sitúan en su misma línea<sup>12</sup>. Pero la interpretación del canon 1061,1 que realiza la doctrina tras la promulgación del Código, y los estudios en los que se pretende delimitar el alcance de la expresión *humano modo*, centran sus investigaciones en varios puntos comunes, caracterizando la realización de la cópula de modo *humano modo* como un acto esencialmente humano realizado de forma libre y consciente, lo cual le atribuye unos *elementos cognoscitivos-intelectivos* y *elementos volitivos*<sup>13</sup>, mientras que se mantienen posiciones diversas sobre la exigencia y la ubicación del *ánimo marital*.

### B.1) Elementos cognoscitivos-intelectivos del *humano modo*

La necesidad de realización de la cópula conyugal de forma consciente obliga la presencia de un aspecto cognoscitivo-estimativo, que en analogía de la doctrina del acto humano requerirá, por parte del entendimiento, la advertencia del objeto y sus cualidades, así como la capacidad de juzgar, razonar y valorar ese objeto. Sin embargo, el conocimiento de la esencia y naturaleza del acto no tiene que ser pleno, ni se tienen que haber realizado valoraciones exactas de todas las futuras consecuencias de la realización del mismo, de los efectos jurídicos del acto conyugal, siendo suficiente un conocimiento ponderativo y substancial, de su valor y su naturaleza<sup>14</sup>, en este caso, sabiendo que se está realizando una cópula conyugal.

11 Vid. L. Portero Sánchez, *Derecho matrimonial canónico. Jurisprudencia y formularios*, Salamanca 1996, 18-19.

12 c. Grazioli, de 8 de agosto de 1939 (SRRD 31 [1939], dec. 50, 494-509); c. Heard, de 30 de diciembre de 1949 (*Ephemerides Iuris Canonici* 7 [1951] 363); c. Hugone Felice, de 26 de noviembre de 1966 (SRRD 58 [1966], dec. 166, 851-856); c. Filipiak, de 20 de enero de 1968 (SRRD 60 [1968], dec. 8, 31-33); c. Serrano, de 30 de abril de 1974 (SRRD 66 [1974], dec. 81, 304-321); c. Raad, de 14 de abril de 1975 (SRRD 67 [1975], dec. 49, 238-272); c. Di Felice, de 3 de julio de 1976 (SRRD 68 [1976], dec. 80, 276-282); c. Serrano, de 14 de diciembre de 1979 (SRRD 71 [1979], dec. 189, 569-585); c. Ferraro, de 10 de marzo de 1981 (SRRD 73 [1981], dec. 39, pp.129-143); c. Serrano, de 28 de julio de 1981 (SRRD 73 [1981], dec. 123, 413-436).

13 Orlandi cree que la cópula conyugal consumativa *humano modo* debe ser únicamente un acto humano y que como tal ha de constar de tres elementos diferenciados: *advertencia o consecuencia, voluntariedad y libertad* (G. Orlandi, *I casi difficili nel processo super rato*, Padova 1984, 26-27).

14 c. Wynen, 25 de febrero de 1941 (SRRD 33 [1941], dec. 15, 148-152) y c. Felici, de 3 de diciembre de 1957 (SRRD 49 [1957], dec. 207, 780-789).

a) *La persona habitualmente privada del uso de razón* no puede ser considerada capaz de consumir *humano modo*. Esta incapacidad habitual se encuentra en personas afectadas por una enfermedad psíquica o un grave defecto de discreción de juicio que le impide prestar la discreción suficiente al acto que está realizando<sup>15</sup>. Encontrándose un sujeto simplemente en un estado omnubilado o en un estado de excitación psíquica, no se encuentra aún en un punto de defecto de *humano modo*.

b) *El uso de afrodisíacos o drogas*.—La persona cuyo uso de razón se encontrara comprometido por el alcohol, drogas o afrodisíacos ya desde el primer momento en el que surge la voluntad de realizar la cópula, no lleva a cabo un acto voluntario<sup>16</sup>. Pero dada la naturaleza de la consumación *humano modo* del matrimonio, que requiere la cooperación y donación personal entre los esposos durante el acto sexual, la persona que intencionadamente consumiera afrodisíacos para facilitar, ayudar o hacer posible la cópula y después se viera privada del uso de razón durante la misma, aunque deseara el acto conyugal con la suficiente consciencia y voluntad, no consuma el matrimonio, pues la cooperación y donación mutua resulta imposible si se está completamente privado de razón. Por tanto, hemos de considerar que, por la naturaleza y efectos teológicos y jurídicos que implica la consumación del matrimonio, estos actos han de ser voluntarios en sí mismos, puestos con una intención *actual* o, cuando menos *virtual* y, aunque se realice una cópula auxiliada por medios exógenos, siempre se ha de conservar una cierta advertencia o consciencia del acto que se está realizando<sup>17</sup>. El Santo Oficio ya había dictaminado en 1949 que los afrodisíacos que causaban una exaltación mental en el hombre, no invalidaban la consumación y esta misma doctrina había sido confirmada por el *coetus De matrimonio*<sup>18</sup>.

De este modo, si la incapacidad para realizar la cópula natural completa no puede vencerse por medios naturales lícitos y si la cópula no puede realizarse sino en un estado de ebriedad, violencia, delirio, etc., entonces no puede hablarse de consumación *humano modo*<sup>19</sup>. Un acto que únicamente fuera *voluntarium in causa*, o como se denominó algunas veces:

15 M. F. Pompedda, *La nozione di matrimonio rato...*, o. c., 353.

16 L. Chiappetta, *Il Codice di Diritto canonico. Commento giuridico-pastorale*, vol. II, Napoli 1988, 176; M. F. Pompedda, *La nozione di matrimonio rato...*, o. c., 353.

17 F. López Zarzuelo, *La disolución del matrimonio...*, o. c., 113; U. Navarrete, 'De notione et effectibus consummationis matrimonii', in: *Periodica de Re Morali Canonica Liturgica* 59 [1970] 638; F. Bersini, *Il nuovo Diritto canonico matrimoniale*, Turín 1985, 24; L. Chiappetta, *Il Codice...*, o. c., 176; J. Hervada, *Código de Derecho canónico*, Pamplona 1983, 631; P. Moneta, 'Considerazioni sugli aspetti psicologici della consumazione del matrimonio', in: *Il Diritto Ecclesiastico* 86 [1975] 341; L. Orsy, *Marriage in Canon Law*, Wilmington 1986, 68.

18 *Communicationes* 6 [1974] 192.

19 c. Jarawan, de 19 de junio de 1984 (SRRD) 76 [1984], doc. 96, 367-379).

indirectamente voluntario, en el cual el sujeto agente se había propuesto únicamente la causa, pero no el efecto en sí mismo, no sería suficiente para consumir el matrimonio <sup>20</sup>.

c) *El ánimo de venganza, el fraude, la ignorancia y el error.*—La ignorancia es la mera carencia de ciencia en un sujeto capaz de ella, y supone que no se ha pronunciado ningún juicio u opinión sobre ella. Por su parte, el error es un juicio falso sobre una cosa y el dolo puede definirse simplemente como el propósito deliberado de dañar a otro <sup>21</sup>.

Al analizar la relación de estas circunstancias con la consumación del matrimonio, hemos de tener en cuenta la *humanitas* o humanidad del acto sexual, por lo que la cópula realizada por el solo motivo de odio o venganza por parte de alguien afectado, por ejemplo, por una enfermedad venérea que oculta a su cónyuge, no realiza una consumación *humano modo*, aunque el acto sexual se realizara con plena conciencia y voluntad deliberada, ya que uno de los esposos estaría aprovechándose y tomando ventaja del otro, sorprendiéndole en su buena fe de dar vida a una comunidad de vida y amor.

Los esposos han de ser capaces de percibir el acto sexual como tal y todas estas circunstancias (venganza, fraude, ignorancia y error) se oponen a una correcta percepción del objeto, es decir, de la cópula que se cree conyugal, e invalidan la consumación en modo humano. Los actos jurídicos puestos con dolo son actos válidos al ser libres, aunque pueden ser rescindidos debido a la existencia de un vicio de la voluntad o por la *iniuria* objetiva que supone la acción del causante del miedo o dolo. Como norma general, según establecen los cánones 125 y 126, los actos jurídicos realizados por ignorancia, error o fraude son válidos a menos que se afecte a un elemento que constituya la sustancia de ese acto, pero, en el campo matrimonial, Pompedda señala que se podrá invalidar la consumación en base a cinco argumentos principales <sup>22</sup>:

1. En general, el orden canónico prevé la nulidad *ex iure* para los casos de ignorancia, error y fraude, o bien prevé la acción rescisoria por sentencia judicial para estos casos. Como quiera que la rescisión no es apropiada en orden a la consumación, la ley debía prever una solución de nulidad cuando la ignorancia, el error o el fraude se den en la consumación.

2. El legislador, en materia matrimonial, ya ha previsto la nulidad del consentimiento matrimonial emitido por ignorancia sustancial (can. 1096), error (can. 1097) y dolo (can. 1098).

20 M. F. Pompedda, *La nozione di matrimonio rato...*, o. c., 353.

21 J. M. Piñero Carrión, *Nuevo Derecho Canónico. Manual práctico*, Madrid 1983, 76.

22 M. F. Pompedda, *La nozione di matrimonio rato...*, o. c., 354-5.

3. Un defecto en la percepción del acto como tal, causado por el error, la ignorancia o el fraude incide sobre la sustancia del mismo y, por tanto, no puede hablarse de un acto humano.

4. Se ampararía una situación injusta si el Código no contemplara un remedio ante una cópula puesta en estas condiciones y a la que se atribuyera un efecto tan grave como la absoluta indisolubilidad del matrimonio.

5. Aunque alguien creyera que el acto realizado por ignorancia, error y fraude fuera un acto humano, no sería un acto realizado en una forma propia de un ser humano en una cuestión que implica tan serias consecuencias, pues Pompedda cree que el *humano modo* implica algo más que un simple acto humano.

## B.2) Elementos volitivos del *humano modo*

El acto conyugal para ser de modo humano, necesita ser realizado de forma libre y consciente por parte de ambos cónyuges. *Humano modo* significa que el acto sexual debe ser un acto humano voluntario realizado libremente, por lo que requiere la presencia de un componente volitivo en ambos esposos <sup>23</sup>.

a) *La violencia física*.—La violencia física implica el uso de una fuerza física extrínseca a la cual no se puede oponer resistencia alguna para compeler a la realización de un acto contra la voluntad del sujeto pasivo. El canon 125 establece que el acto se tendrá por no realizado si se ejecuta compelido por una violencia exterior a la que no se ha podido resistir. Algunos autores han interpretado que la violencia o fuerza debe ser absoluta, que no deje lugar alguno a la deliberación, aunque otros creen necesaria, simplemente, una fuerza a la que no se haya podido resistir <sup>24</sup>. Del mismo modo, el canon 1103 establece que el matrimonio contraído por violencia física es nulo por falta total de consentimiento, pues el acto no nace de la libre determinación de quien lo realiza, sino de quien es el autor de la violencia.

El acto conyugal realizado compeliendo por la fuerza o violencia física a uno de los cónyuges que se resiste a la cópula, no puede considerarse realizado de *modo humano* por la ausencia de un acto de la voluntad libre en el sujeto pasivo, ya que esta fuerza destruye la habilidad del sujeto pasivo para llevar a cabo un acto humano libre y consciente. La violencia con-

<sup>23</sup> *Ibid.*, 355.

<sup>24</sup> F. J. Urrutia, *Les normes générales. Commentaire des canons 1-203*, París 1994, 204.

dicional ejercida por una tercera persona también invalidaría la consumación en modo humano <sup>25</sup>.

De acuerdo con el canon 125,1, los efectos jurídicos de tal acto no existirían aunque se hubiera producido el hecho físico del acto sexual. La oposición a la cópula también podría implicar la nulidad del consentimiento matrimonial si la causa de la resistencia fue un rechazo a asumir las obligaciones conyugales, o una incapacidad para asumir las obligaciones del matrimonio o el impedimento de impotencia causado por vaginismo. Si la mujer no se mostrara contraria a la cópula, sino sólo temerosa o ansiosa, entonces no podría decirse que hubiera un defecto de humano modo <sup>26</sup>.

b) *Violencia moral*.—Se ha considerado que el miedo, entendido como la perturbación de la mente o conmoción del ánimo a causa de un peligro inminente o futuro <sup>27</sup>, no impide el juicio objetivo y deliberado de la razón, ni quita la facultad de elegir, por lo que no anula el aspecto voluntario de la elección ni la válida realización de un acto jurídico. Por ello, un sector de la doctrina cree que la violencia moral no anula la libertad de elección y la responsabilidad del sujeto pasivo, sino que sólo disminuye la voluntariedad del acto en un grado tal, que no invalidaría el acto humano, por lo que tampoco invalidaría la consumación *humano modo* <sup>28</sup>. Navarrete defendía que la consumación obtenida por miedo estaba excusada por el hecho de que existía una obligación en virtud del contrato matrimonial de rendir el débito conyugal si un esposo se lo demandaba al otro, al existir un derecho-obligación en virtud del contrato matrimonial, por lo que el miedo no invalidaba la consumación sobre la base de haberse cometido un acto injusto <sup>29</sup>.

Aunque, efectivamente y como norma general referida a los actos jurídicos, en el canon 125,2 se contempla la validez genérica de estos actos, para algunos actos el derecho positivo exige plena libertad y no acepta la validez del acto puesto bajo miedo grave, estableciendo una ley inhabilitante, así lo establece el canon 1103 para el consentimiento matrimonial, que es inválido si se emite compelido por miedo grave proveniente de una causa externa y aun en el caso de que el miedo no vaya directamente a arrancar el consentimiento matrimonial, es suficiente que el paciente opte por el

25 G. Orlandi, *I casi difficili...*, o. c., 27-8; F. Aznar Gil, *El nuevo Derecho matrimonial canónico*, Salamanca 1985, 134.

26 M. F. Pompedda, *La nozione de matrimonio...*, o. c., 356.

27 F. Wernz - P. Vidal, *Ius canonicum*, Roma 1925, vol. 5, *Ius matrimoniale*, 625.

28 G. Orlandi, *I casi difficili...*, o. c., 28; P. V. Pinto, *Commento al Codice di Diritto canonico*, Roma 1985, 621.

29 U. Navarrete, *De notione et effectibus...*, o. c., 641-3.

matrimonio para liberarse del mal amenazado, aunque en la intención del sujeto amenazante no esté directamente dirigida a tal propósito. Por todo ello, otro sector de la doctrina, acertadamente a nuestro parecer, no considera apta para la consumación *humano modo* la cópula arrancada por una violencia moral grave, apoyándose en que si la fuerza y el miedo son causas de nulidad matrimonial, han de ser también causas de invalidez de la consumación; aseguran que en la consumación por miedo falta la libertad y probablemente también la justicia <sup>30</sup>. También se ha interpretado el modo humano como un concepto que debe entenderse en su contenido de libre donación de uno a otro cónyuge para la consecución de uno de los fines del matrimonio, donación que no sería posible con la intervención de la coacción o el miedo <sup>31</sup>.

Fumagalli cree que la fuerza moral invalida la consumación sobre la base de que, aunque el miedo no debe ser injusto en su misma esencia, al existir una causa justa para demandar el acto conyugal (tal y como afirmó Navarrete), sería injusto en su modo al no ser lícita la ejecución de la obligación por el uso de violencia <sup>32</sup>. Aunque los esposos se dan y aceptan la potestad y el derecho sobre sus cuerpos en orden a los actos propios de la generación, resulta evidente que tal potestad ha de ejercerse conforme a la recta razón y respetando la dignidad de la otra persona, es decir, de modo humano.

Pompedda dice que el legislador, con la reforma del Código que estableció la nulidad del consentimiento matrimonial emitido por miedo grave, también excluía la posibilidad de una consumación *humano modo* realizada desde el miedo grave <sup>33</sup>. Tampoco está de acuerdo con la teoría de Navarrete de que un acto conyugal realizado por miedo grave es válido al ser *voluntarium simpliciter* y solamente *involuntarium secundum quid*, puesto que el sujeto pasivo del miedo se encuentra en una situación en la que desea abstenerse de la cópula, pero si ante la disyuntiva del mal con el que se le amenaza o la realización del acto sexual, acepta la cópula, resulta evidente que se trata de una opción impuesta contra su voluntad y moralmente inaceptable, razón por la cual el miedo grave, aunque fuera

30 O. Fumagalli, 'Innovazioni conciliari e matrimonio canonico', in: *Il matrimonio canonico dopo il Concilio*, Milano 1978, 24-5.

31 E. Capellini, 'Gli impedimenti in genere e in specie', in: *Il matrimonio canonico in Italia*, Brescia 1984, 102.

32 O. Fumagalli, 'Innovazioni conciliari...', o. c., 22-6; The Canon Law Society of America, *The Code of Canon Law. A text and commentary*, New York 1985, 745.

33 Puesto que la provisión rescisoria del canon 125,2 no sería aplicable debido al principio de indisolubilidad sobre el que el matrimonio está fundado (M. F. Pompedda, *La nozione di matrimonio rato...*, o. c., 357).

ejercido por una tercera persona, invalida la consumación del matrimonio en modo humano <sup>34</sup>.

Sabemos también que en la consumación *humano modo* ha de existir como mínimo una voluntariedad virtual. Una especificación mayor de libertad o deliberación exigible para considerar al acto como realizado *humano modo* no se ha dado ni por el *coetus De Matrimonio*, ni por la Congregación de Sacramentos <sup>35</sup>. Sin embargo, las consecuencias tan graves que conlleva la consumación del matrimonio respecto a su absoluta indisolubilidad y sacramentalidad, nos hacen pensar que que sí parece deseable que debe existir un amplio grado de voluntariedad en ambos cónyuges, hasta el punto de que, la existencia de miedo grave que perturbara de manera sustancial la capacidad volitiva de alguno de los cónyuges pueda llegar a ser incompatible con la mutua donación entre los esposos y con el uso razonable del *ius in corpus* y respetuoso hacia la dignidad humana del otro cónyuge <sup>36</sup> y sería difícil o casi imposible de compatibilizar con el canon 1055,1 <sup>37</sup>.

c) *Los sufrimientos físicos intolerables y los traumas psíquicos*.—Moneta dice que el matrimonio no puede considerarse consumado cuando la mujer toma parte en la cópula «con una persistente fuerza de voluntad que logra superar la profunda repulsión interna o sufrimiento físico casi intolerable, al precio de graves repercusiones sobre el equilibrio psíquico del sujeto, de traumas tales que le lleven a rechazar la vida y buscar el suicidio» <sup>38</sup>. Por su parte, Graziani cree que en estos casos ha llegado la hora de dejar de discutirlos como un asunto relativo a la inconsumación matrimonial, para estudiarlo en el ámbito del impedimento de impotencia <sup>39</sup>. Sin embargo, Feliciani <sup>40</sup> señala que no nos hallamos ante un supuesto de impotencia, ya que en caso de existir tal impotencia no sería posible la cópula conyugal ni siquiera con dolores intolerables.

De cualquier forma la cuestión de la consumación *humano modo* mediante este tipo de cópula quedó clarificada cuando la Comisión Codifi-

34 *Ibid.*, 355-9.

35 A. Benlloch Poveda, *Código de Derecho Canónico*, Valencia 1993, 475.

36 A. Molina Meliá, *La disolución del matrimonio inconsumado. Antecedentes históricos y derecho vigente*, Salamanca 1987, 137.

37 F.Aznar Gil, *El nuevo Derecho matrimonial...*, o. c., 135, nota 127.

38 P. Moneta, 'Considerazioni sugli aspetti psicologici della consumazione del matrimonio', in *Il Diritto Ecclesiastico* 86 (1975) 341.

39 E. Graziani, 'Matrimonio rato et non consummato', in: *Enciclopedia del Diritto* XXV, Roma 1975, 955.

40 G. Feliciani, 'Il problema dell'*actus humanus* e dell'*actus hominis* nella consumazione del matrimonio e la rilevanza giuridica del vaginismo', in: *Rivista del Diritto Matrimoniale e dello Stato delle Persone* 7 (1965) 406.

cadora a la pregunta de si «*habeatur vera copula (modo naturali et humano facta) quando intolerabilis dolores patitur*», la gran mayoría de consultores respondió afirmativamente, siempre que la mujer consintiera <sup>41</sup>, es decir, siempre que estuviera presente el aspecto volitivo en el cónyuge que padece esos dolores y permitiera voluntariamente la realización de la cópula.

### B.3). La cuestión del ánimo marital

Este término fue utilizado por Navarrete en su trabajo de 1970 para significar que los esposos, para consumir el matrimonio de modo humano, no tenían que proponerse de forma explícita y concreta la consumación del matrimonio en su primera cópula conyugal, ni cualquier otro efecto jurídico o teológico derivado de la consumación matrimonial; simplemente debían proponerse la realización de la cópula conyugal con su propio esposo e implícitamente los demás efectos también se supondrían propuestos al estar objetiva e inseparablemente unidos a la primera cópula conyugal <sup>42</sup>. El ánimo marital puede justificarse en base a que el objeto jurídico del humano modo es el acto humano, acto que ha de estar dirigido a algo, considerando que no es suficiente que se constituya en un acto de la voluntad que reúna una serie determinada de componentes intelecto-volitivos, sino que ha de proyectarse sobre un objeto conyugal, debe mantener un ánimo conyugal dirigido a la unión entre los esposos, para lo que Navarrete articula el *animus maritalis*.

Sin embargo, la aceptación de este supuesto elemento del *humano modo* no ha sido unánime en la doctrina <sup>43</sup>, ya que la consideración de la cópula como conyugal hace de por sí que los esposos, al participar en la misma, deben conservar una advertencia de su estado marital para que pueda considerarse la consumación de la relación jurídica matrimonial <sup>44</sup>. Bien es cierto que si la interpretación que hubiera de hacerse de la *Gaudium et spes*, en su número 49, hubiera sido únicamente la de que la cópula conyugal ha de ser un mero acto humano, la Comisión de Revisión del Código lo hubiera incluido en el canon 1061,1 con la expresión «... acto conyugal, como *acto humano*...». Sin embargo, la expresión utilizada fue «*de modo humano*», lo que nos hace pensar que el *humano modo*, aun siendo efectivamente un acto humano (lo que implica que se han de conocer las condiciones y consecuencias

41 *Communicationes* 6 (1974) 192.

42 U. Navarrete, *De notione et effectibus...*, o. c., 643-4.

43 G. Orlandi, *I 'Casi difficili'*..., o. c., 33-4.

44 E. Graziani, *Matrimonio rato...*, o. c., 955. En esta misma opinión: A. C. Jemolo, *Il matrimonio nel Diritto canonico*, Milano 1941, 260.

esenciales del acto que se va a llevar a cabo), puede necesitar de algo más que le atribuya ese carácter eminentemente conyugal<sup>45</sup>, por lo que el ánimo marital podría hacerse necesario, pero puede perfectamente entenderse incluido en el elemento cognoscitivo del acto humano<sup>46</sup>, ya que el sujeto ha de saber que va a realizar la cópula con su cónyuge y, en su elemento volitivo, querer realizarlo con él.

Molina Meliá tampoco acepta la exigencia del ánimo marital y cree que resulta sorprendente que unos esposos que se tengan por tales puedan realizar el acto conyugal con ánimo o intencionalidad fornicaria, pero admitiendo que puede encontrarse en los supuestos de simulación y aun de miedo, en cuyo caso se podría admitir la inconsumación del matrimonio realizada *cum animo fornicario*, aunque mejor cabría hablar de matrimonio nulo<sup>47</sup>.

#### B.4). *Humano modo* e impedimento de impotencia

El vínculo entre el *humano modo* y el impedimento de impotencia resulta evidente hasta el punto de que, en la práctica, muchos de los casos que pueden plantear como inconsumados por ausencia de consumación de modo humano, habría previamente que estudiarse la nulidad del matrimonio por impotencia de alguno o ambos de los cónyuges<sup>48</sup>, porque el *humano modo* también va a incluir los elementos fisiológicos de la consumación *modo naturali*, concretamente la penetración del miembro masculino en la vagina e inmisión del semen en la misma, ya que la realización de estos elementos físicos requería la cooperación personal de los esposos. Esta conexión entre *humano modo* y *modo naturali* se realiza en el canon 1061,1, donde se especifica que lo que los esposos han de realizar de manera humana es «... *coniugalem actum per se aptum ad proles generationem*», es decir, los elementos *modo naturali* del acto conyugal. De aquí que la adición del *humano modo* a la definición de un matrimonio consumado significaba que el nuevo Código requería algo más para la consumación del matrimonio que la mera capacidad de realización del acto físico de la cópula.

Podemos preguntarnos cómo afecta este cambio a la relación entre los conceptos de consumación e impotencia: ¿deberían los cónyuges ser capa-

45 La cualidad de la consumación sexual también es importante en tanto que este acto refleja la naturaleza de la alianza matrimonial (The Canon Law Society of America, *The Code of Canon Law. A text...*, o. c., 745).

46 M. F. Pompedda, *La nozione di matrimonio...*, o. c., 358.

47 A. Molina Meliá, *La disolución del matrimonio...*, o. c., 139.

48 O. Giacchi, 'Significato e valore delle nuove norme dello 'Schema iuris recogniti de matrimonio', in: *Ephemerides Iuris Canonici* 35 (1979) 113; F. López Zarzuelo, *El proceso canónico...*, o. c., 114.

ces de consumir en modo humano para ser considerados 'potentes' para el matrimonio? Parece evidente que sí y que el modo humano se extiende hasta la comprensión de la relación sexual de la que los cónyuges deben ser capaces para contraer matrimonio<sup>49</sup>. Además, la única descripción jurídico positiva del *humano modo* dada por el *coetus De matrimonio* fue emitida durante las discusiones del *coetus* sobre el impedimento de impotencia respecto a la consumación por violencia o con dolores intolerables. Antes incluso del nuevo Código, la jurisprudencia y la doctrina ya habían tratado casos de consumación violenta o en la que existían dolores intolerables para la mujer como supuestos de impotencia y no como casos de inconsumación<sup>50</sup>.

Vidal Guitarte, tomando como referencia el bien de la prole y basándose en el número 49 de *Gaudium et spes*, considera incapaces para los deberes esenciales del matrimonio a todos aquellos que no pueden realizar la cópula conyugal de forma *humana y natural*. También serían incapaces aquellos que no puedan realizar estos actos sexuales de forma normal, como suele ocurrir en algunos casos de impotencia dudosa, pero que han consumado el matrimonio y se ha descartado la posibilidad de solicitar la gracia de la dispensa *super rato*. Dichas impotencias dudosas podrían ser examinadas desde la perspectiva de las incapacidades, ya que «donde falta la capacidad de realizar tales actos de un modo digno del hombre no pueden entregarse ni aceptarse los derechos ni deberes en torno a su ejecución»<sup>51</sup>.

## 2. REPRODUCCIÓN Y HUMANO MODO

### B.5). *Humano modo* y reproducción asistida

La utilización del concepto de *humano modo* en la práctica canónica no se circunscribe únicamente a la consumación matrimonial, también se ha utilizado en otros ámbitos del Derecho matrimonial. Así, por ejemplo, se afirma que el consentimiento matrimonial entendido como acto de la voluntad puesto con suficiente discreción de juicio y libre determinación de la voluntad, se entiende que es un acto realizado *humano modo*<sup>52</sup>.

49 O. Fumagalli Carulli, *Innovazioni conciliari e matrimonio...*, o. c., 40-1; E. Capellini, 'Gli impedimenti in genere e in specie', in: *Il matrimonio canonico in Italia*, Brescia 1984, 102.

50 M. F. Pompedda, *La nozione di matrimonio...*, o. c., 343-5.

51 V. Guitarte Izquierdo, 'Cuestiones acerca de la incapacidad para asumir las obligaciones conyugales como causa de nulidad matrimonial', in: *Questione Canoniche. Studia Universitatis S. Thomae in Urbe* 23 (1984) 208-9.

52 c. Di Felice, de 3 de julio de 1976 (SRRD 68 [1976], dec. 80, 276-82).

La cópula en su doble sentido de acto procreativo y a la vez unitivo, nos hace ver que este último aspecto (el unitivo) tiene uno de sus pilares esenciales en el amor conyugal, que juega aquí un papel fundamental. Analizando la Enseñanza pontificia sobre la relación existente entre la transmisión de la vida humana y el amor conyugal podemos concluir que la fecundidad, realizada de forma natural a través de la cópula matrimonial, se constituye como una expresión del amor conyugal, que, a su vez, es esencialmente humano y cuya verdadera expresión se obtiene a través de los actos conyugales realizados de un modo verdaderamente humano, libre y conscientemente asumidos por los esposos (*Gaudium et spes*, n. 49). Capellini opina que el canon 1061,1 facilita los elementos fundamentales para una reflexión propia de la cópula conyugal, ya que la categoría jurídica *humano modo*, en su más primaria interpretación contiene el concepto de libre donación del uno al otro para la consecución de los fines del matrimonio, de los cuales la procreación se mantiene fundamental, aunque no el único<sup>53</sup>.

Las *técnicas de reproducción asistida* se constituyen como un mero elemento auxiliar de una cópula conyugal, expresión del amor conyugal, que es esencialmente humano y que ha de alcanzarse de forma verdaderamente humana. Estas técnicas instrumentales o farmacológicas no rompen la conexión existente entre unión conyugal y procreación y respetan la consideración de la naturaleza personal del acto conyugal y de la procreación como una *cooperación simultánea e inmediata entre los cónyuges*, expresión del don recíproco que según la Sagrada Escritura realiza la unión «*en una sola carne*» (*Donum vitae*, II, n. 6). Así, podemos clasificar terminológicamente y de un modo más sencillo las técnicas biomédicas de reproducción humana diferenciándolas como *técnicas de reproducción asistida*, aquellas que sólo suponen una asistencia, una mera ayuda técnica no substitutiva de la cópula y que son moralmente lícitas (Instrucción *Donum vitae*, II, 6), y *técnicas de reproducción artificial*, que substituyen a la cópula conyugal o a alguno de sus elementos esenciales y que resultan moralmente ilícitas (Instrucción *Donum vitae*, II, 4-5). Ya que las únicas técnicas biomédicas moralmente válidas son las que denominamos *técnicas de reproducción asistida*, éstas serán las únicas a las que podremos reconocer efectos jurídicos válidos y que podrán ser aceptadas en el campo del Derecho Canónico, donde también han sido denominadas *fecundación artificial impropia o impropriamente dichas*<sup>54</sup>, *genéricas*<sup>55</sup> o *complementarias*<sup>56</sup>.

53 E. Capellini, *Gli impedimenti...*, o. c., 102.

54 F. López Zarzuelo, *El proceso canónico...*, o. c., 285.

55 R. M. de Veciana, *La eutelegenesia ante el Derecho canónico*, Barcelona 1957, 51.

56 Surbled, *La moral y sus relaciones con la medicina y la higiene*, Barcelona 1950, 2.ª ed., 142.

Estas *técnicas de reproducción asistida* pueden ser incluidas en el ámbito de las enseñanzas sobre el modo humano en la transmisión de la vida, ya que la doctrina que proclama expresamente el carácter plenamente humano de la transmisión de la vida humana y que implica directamente a las técnicas reproductivas como medios empleados para tal transmisión, debe aplicarse para lograr una lícita realización de los tratamientos médicos de fecundidad. Así pues, extendemos el ámbito de la doctrina del *humano modo*, afirmando que es necesaria, no sólo en la consumación del matrimonio, sino que su presencia genérica también debe exigirse, como antes hemos justificado, a esa cópula conyugal que se va complementar técnicamente.

De esta forma estaríamos interpretando el modo humano como un concepto derivado del amor conyugal y que debe entenderse en su contenido de libre y consciente donación de uno a otro cónyuge para la consecución de uno de los fines-bienes del matrimonio, tal como es la generación de la prole<sup>57</sup>. Así afirmaríamos la necesidad de que la aplicación de estos medios técnicos auxiliares o complementarios a la cópula conyugal sea aceptada por ambas partes de forma libre y consciente, pues la humanidad y el amor conyugal en el que se inscribe el acto sexual en sus dos significados de mutua donación entre los esposos y de transmisión de la vida, sólo es posible porque «... *El hombre es persona precisamente porque es dueño de sí y se domina a sí mismo. Efectivamente, en cuanto que es dueño de sí mismo puede 'donarse al otro'*»<sup>58</sup>. Además, el concepto de *humano modo* se encuentra recogido en el canon 1061,1 del CIC, que es el mismo canon que la *Donum vitae* cita textualmente a la hora de referirse a las condiciones en las que lícitamente se realiza la fecundación en los seres humanos [*Donum vitae*, II, 4, A), in fine].

### 3. ELEMENTOS PARA LA REALIZACIÓN DE *MODO HUMANO* DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Ahora nos proponemos relacionar la doctrina del amor conyugal y el *modo humano* con la doble vertiente del acto conyugal (procreativo y unitivo) y la transmisión de la vida humana, con el fin de hacer una caracterización de la «*transmisión de la vida de modo verdaderamente humano*» según la antro-

57 Este concepto ya apuntado por E. Capellini, *Gli impedimenti in genere...*, o. c., 102.

58 Juan Pablo II, Alocución *Qual è l'essenza*, de fecha 22 de agosto de 1984, realizada en Audencia General. Vid. A. Sarmiento Franco - J. Escrivá Ivars, *Enchiridion Familiae*. Textos del Magisterio Pontificio y Conciliar sobre el Matrimonio y la Familia (siglos I a XX), Madrid/Roma 1992, 4174.

pología dimanante de la doctrina conciliar y postconciliar, principalmente: *Gaudium et spes*, *Humanae vitae*, *Familiaris consortio* y los cánones 1055 y 1061,1 del CIC. La *realización de modo humano de las técnicas de reproducción asistida* también implicaría una serie de requisitos dimanantes del propio concepto de *humano modo*, de la doctrina eclesial sobre las técnicas biomédicas de reproducción humana, así como de la regulación que las autoridades civiles realizan de tales técnicas, en España principalmente, la Ley 35/88, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida y el Código penal.

Para la *realización de modo humano de las técnicas de reproducción asistida*, habrá de tenerse en cuenta el derecho inviolable de todo individuo humano a la vida, los derechos de la familia y de la institución matrimonial, como elementos constitutivos de la sociedad civil y de su ordenamiento jurídico (*Donum vitae*, III), e, inevitablemente, estas garantías jurídicas estarán en consonancia con los principios morales fundamentales en la materia y el Derecho caminará de la mano de la Moral, pues «entre los derechos de la autoridad pública se encuentra el de procurar que la ley civil esté regulada por las normas fundamentales de la ley moral en lo que concierne a los derechos del hombre, de la vida humana y de la institución familiar» (*Donum vitae*, III).

Tales requisitos, que se constituirían en verdaderas garantías jurídicas para los pacientes y en instrumentos de control de la utilización de las técnicas biomédicas, al asegurar la realización de una forma humana de las técnicas biomédicas de reproducción asistida, podrían ser:

#### A) *Requisitos de capacidad*

##### 1) *Vínculo matrimonial válido*

El canon 124, aunque no lo define, nos proporciona los requisitos de validez de un acto jurídico, entre los que se señala que *el sujeto agente del acto ha de ser una persona capaz jurídicamente*, es decir, que tenga reconocida su capacidad jurídica por la Iglesia a través del bautismo, tal y como exige el canon 96, además de ser capaz de forma genérica, esto es, que pueda ejercer personalmente sus derechos por ser mayor (can. 97,1), no carecer habitualmente de uso de razón (can. 99)..., etc. Pero la capacidad del sujeto ha de ser también específica en el sentido de que sea capaz para desarrollar ese acto concreto, ya que si la persona es incapaz, el acto no existe jurídicamente. La incapacidad puede venir establecida por el Derecho natural, por el Derecho divino positivo o por el Derecho canónico<sup>59</sup>.

59 F. J. Urrutia, *Les normes générales...*, o. c., 202.

Las técnicas de reproducción asistida, siendo moralmente lícitas, no son más que el complemento técnico a la cópula conyugal, expresión del amor y la mutua donación entre los esposos, razón por la cual ha de existir un previo vínculo matrimonial válido entre la pareja que vaya a someterse a este tipo de tratamientos<sup>60</sup>. En efecto, el hecho de que la vida humana ha de ser transmitida por medio de la familia fundada por un matrimonio único e indisoluble, ha sido repetidamente reconocido como un principio de Derecho natural<sup>61</sup>. Juan XXIII, en su Carta Encíclica *Mater et Magistra*, de 15 de mayo de 1961, afirma tajantemente que «tenemos que proclamar solemnemente que la vida humana se transmite por medio de la familia, fundada en el matrimonio único e indisoluble, elevado para los cristianos a la dignidad de Sacramento» (n. 189). En el mismo sentido se pronuncia la totalidad de la enseñanza de la Iglesia<sup>62</sup>, de tal forma que, como bien resume la Instrucción *Donum vitae*, la procreación en el seno del matrimonio se conforma como un derecho específico y exclusivo de cada uno de los cónyuges individualmente y del propio hijo (*Donum vitae*, II, n. 1).

Por otro lado, dentro de las técnicas de reproducción, las variantes realizadas con la intervención de un tercero donante supondrían la ruptura de una de las propiedades esenciales del matrimonio, en concreto la fidelidad<sup>63</sup>. La exigencia de un contexto conyugal en todos los tratamientos de reproducción excluye la lícita intervención de un tercero donante<sup>64</sup>.

60 Nos referiremos a los requisitos de capacidad por parte de los usuarios, pacientes o sujetos pasivos de estas técnicas, dando por supuesto que el sujeto agente ha de ser un equipo biomédico que esté especialmente cualificado «para realizar las técnicas de Reproducción Asistida, sus aplicaciones complementarias, o sus derivaciones científicas, y contarán para ello con el equipamiento y medios necesarios...», tal y como señala la Ley 35/88 en su artículo 19.1.

61 Pío XII en diversas Alocuciones: Alocución *Votre présence* a los participantes en el IV Congreso Internacional de Médicos Católicos, el 29 de septiembre de 1949 (AAS 41 [1949] 559-60); Discurso *Vous Nous avez exprimé*, al III Congreso Mundial de la Fertilidad y Esterilidad celebrado en Nápoles (Italia) el 19 de mayo de 1956 (AAS 48 [1956] 472); Discurso *Vous représentez*, del 8 de octubre de 1953, al XXVI Congreso de la Sociedad Italiana de Urología Médica (AAS 45 [1953] 677); Alocución *Vegliare con sollecitudine*, a las Comadronas de la Unión Católica Italiana, el 29 de octubre de 1951 (AAS 43 [1951] 835-54).

62 Encíclica *Humanae vitae*, n. 8; Exhortación Apostólica *Familiaris consortio*, n. 11.

63 J. J. García Faílde, 'Incidencia de las técnicas de reproducción artificial asistida en la exclusión de la prole y de la fidelidad', in: *Curso de Derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro XII* [1996] 275-83.

64 La Resolución del Parlamento Europeo sobre la fecundación artificial *in vivo* e *in vitro*, de 1989 (doc. A2-372/88), declara que la práctica con intervención de un tercero-donante de gametos, «no es deseable; ello vale tanto para la donación de semen y de óvulos como para su crioconservación...», y pide que, «en el caso de que este principio no sea acogido por cualquiera de los Estados miembros», las parejas que vayan a recibir un tratamiento heterólogo (con intervención de donante de gametos) sean previamente sometidas a un «juicio de idoneidad en el que se aplique, por analogía, lo previsto en las respectivas leyes sobre la adopción» (n. 10).

## 2) Existencia de un problema de esterilidad

La Instrucción *Donum vitae* se refiere en todo momento a las técnicas de reproducción asistida como medios de superación de la esterilidad conyugal, en ningún momento los declara utilizables para casos de impotencia, e incluso señala que: «el matrimonio no confiere a los cónyuges el derecho a tener un hijo, sino solamente el derecho a realizar los actos naturales que de suyo se ordenan a la procreación», y añade que se debe «impulsar a los hombres de ciencia a proseguir sus trabajos de investigación, con objeto de poder prevenir y remediar las causas de la esterilidad, de manera que los matrimonios estériles consigan procrear respetando su dignidad personal y la de quien va a nacer» (*Donum vitae*, II, n. 8).

El canon 1068,1 del CIC de 1917 señalaba que la impotencia, esto es, la incapacidad masculina o femenina, antecedente y perpetua para realizar el acto conyugal, dirime el matrimonio, mientras que la esterilidad ni lo dirimía ni lo impedía. El vigente CIC, en su canon 1084,1, se muestra explícito al diferenciar nuevamente la impotencia de la esterilidad, afirmando que la impotencia dirime el matrimonio. Así, otro requisito de capacidad sería el de padecer una infecundidad involuntaria que se encuentre asociada a problemas de esterilidad<sup>65</sup> y no de impotencia por parte de alguno de los cónyuges, tal y como preceptúa el canon 1084.

Pío XII, contemplando este caso específico de la relación entre el impedimento de impotencia y las técnicas biomédicas de reproducción humana, señaló que el hecho de obtener descendencia a través de una técnica de reproducción asistida no convalida un matrimonio nulo «por su misma naturaleza» si los contrayentes, al menos uno de ellos, son «personas inaptas a contraerlo por el hecho del impedimentum impotentiae»<sup>66</sup>, es decir, la *impotentia coeundi* o incapacidad para realizar el coito<sup>67</sup>. El mismo Pontífice reafirmaba que un impotente no podrá contraer válido matrimonio sobre la base de que un procedimiento técnico puede obviar los efectos de su impotencia y procurarle descendencia, pues sólo la procreación según la voluntad y el designio del Creador es conforme a la naturaleza corporal y espiritual, a la dignidad de los esposos y al desarro-

65 También por casos en los que, produciéndose la fecundación de forma natural, la gestación no pueda llegar a buen término (A. Romeu Sarrió - E. Bosch Bastida - R. Romaguera Torregrosa, 'Infertilidad', in: *Protocolos de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia*, Madrid 1996, 75, 1).

66 Pío XII en su Alocución *Votre présence*, al Congreso Internacional de Médicos Católicos, el 29 de septiembre de 1949 (AAS 41 [1949] 560).

67 Pío XII en su Alocución *Vous représentez*, al XXVI Congreso de la Sociedad Italiana de Urología Médica, el 8 de octubre de 1953 (AAS 45 [1953] 676).

llo normal y feliz del nacido<sup>68</sup>. Por tanto, sólo si el matrimonio es válido y contraído legítimamente, resulta lícita la ayuda técnica a la fecundidad del acto conyugal.

Hay quienes encuentran esta doctrina un concepto excesivamente fisiológico y biologicista de la ley natural<sup>69</sup>. Hemos de tener en cuenta, además, que el canon 1084,2 establece que no debe impedirse el matrimonio si la impotencia es dudosa, con duda de derecho o de hecho, ni puede declararse nulo mientras persista tal duda.

Finalmente hemos de añadir que, como consecuencia de la adición del concepto de *humano modo* a la cópula conyugal, ha habido una ampliación del concepto de impotencia que ha supuesto que la consumación matrimonial requiera algo más que la que la mera capacidad de realización del acto físico de la cópula; ahora también se exige que los cónyuges deben ser capaces de consumarlo en modo humano para ser considerados 'potentes' para el matrimonio<sup>70</sup>.

### 3) *Buen estado de salud psicofísica de los cónyuges*

La Ley 35/88 de Técnicas de Reproducción Asistida exige un buen estado de salud psicofísica (art. 2.1.b) y plena capacidad de obrar (art. 6.1) de los pacientes, ya que serán elementos esenciales para poder emitir un consentimiento válido. Al exigirse un buen estado de salud psicofísica, se nos indica que no sólo es necesaria una capacidad física que haga del paciente una persona apropiada para someterse a este tipo de tratamientos, sino que, además, el paciente ha de contar con una aptitud psicológica adecuada para recibirlos, pues son grandes las implicaciones psicológicas que lleva implícita la transmisión de la vida humana y mayores aún su transmisión por medio de estas técnicas<sup>71</sup>, por lo que, en aras a verificar un 'buen estado de salud

68 Pío XII en su Alocución *Vegliare con sollicitudine*, a las Comadronas de la Unión Católica Italiana, 29 de octubre 1951 (AAS 43 [1951] 850).

69 Autores como M. Vidal - J. Elizari - M. Rubio (*El don de la vida. Ética de la procreación humana*, Madrid 1987) o J. Gafo ('El documento vaticano sobre bioética', in: *Razón y Fe* 215 [1987] 461-71) critican la Instrucción *Donum vitae* por, entre otros, este motivo.

70 Entre otros: E. Capellini, *Gli impedimenti...*, o. c., 102; O. Fumagalli Carulli, *Innovazioni conciliari e matrimonio...*, o. c., 40-1; M. F. Pompedda, *La nozione di matrimonio...*, o. c., 343-5; V. Guittarte Izquierdo, *Cuestiones acerca de la incapacidad...*, o. c., 208-9; A. Molina Meliá, *La disolución del matrimonio...*, o. c., 120.

71 Recordemos que ya Pío XII resaltaba la importancia y trascendencia de los factores psicológicos y morales de la transmisión de la vida humana en el Discurso *Vous Nous avez exprimé*, del 19 de mayo de 1956, al II Congreso Mundial de la Fertilidad y Esterilidad, celebrado en Nápoles (Italia) (AAS 48 [1956] 473), como reafirmación de lo que ya había expresado el 29 de septiembre de 1949 en su

psicológica', se habrá de realizar una evaluación psicológica previa a la emisión del consentimiento y a la realización de una técnica reproductiva.

El hecho de recurrir a estos medios técnicos de reproducción no es aceptable para algunas parejas para las que representa una carga psicológica excesiva y que se ven incapaces de sobrellevar. Se recomienda una consulta al psiquiatra previa al comienzo del tratamiento, y la presencia de un psicólogo es otra pieza fundamental en este proceso<sup>72</sup>. Estos problemas de tipo psicológico o psiquiátrico asociados a los tratamientos de reproducción, ya intuidos desde hace tiempo, han sido bien evidenciados a través de numerosos estudios<sup>73</sup>. Su existencia resulta evidente si partimos del hecho de que entre el 25-60 % de los matrimonios con problemas de infertilidad no voluntaria sufren algún tipo de trastorno psicológico<sup>74</sup> y, desde luego, los índices de morbilidad psiquiátrica registrados en los pacientes que se someten a este tipo de tratamientos<sup>75</sup> nos obliga a la reflexión sobre si se debiera exigir legalmente la realización obligatoria de un *examen psicológico previo de adecuación*<sup>76</sup> de las parejas que pidan someterse a estas técnicas y un programa posterior de acompañamiento psicológico para evitar que quien padezca problemas psicológicos graves pueda someterse a ellas, o

Alocucion *Votre présence* a los participantes en el IV Congreso Internacional de Médicos Católicos (AAS 41 [1949] 559-61).

72 L. Martínez Calcerrada, *Derecho médico*, Madrid 1986, 598, nota 249.

73 Entre otros muchos: B. Berg - J. Wilson, 'Psychological functioning across stages of treatment for infertility', in: *Journal of Behavioral Medicine* 14 [1991] 11-26; A. Domar - M. A. Zuttermeister - M. Seibel - H. Benson, 'Psychological improvement in infertile women after behavioral treatment: a replication', in: *Fertility & Sterility* 58 [1992] 144-7; D. Guerra - A. Llobera - A. Veiga - P. N. Barri, *Morbilidad psiquiátrica entre las parejas de un Servicio de Medicina de la Reproducción*, Estudio realizado durante el año 1997 en el Instituto Universitario Dexeus de Barcelona.

74 M. M. Seibel - M. L. Taymor, 'Emotional aspects of infertility', in: *Fertility & sterility* 37 [1982] 137-45; D. Guerra - P. N. Barri - M. J. Gómez - P. Maristany, 'Estrés y esterilidad. Influencia de la vía de administración en la ansiedad en mujeres en tratamiento con gonadotropinas', in: *Reproducción Humana* 4 [1995] 2-8; D. Guerra - A. Llobera - A. Veiga - P. N. Barri, *Morbilidad psiquiátrica entre las parejas de un Servicio de Medicina de la Reproducción*, Estudio realizado durante el año 1997 en el Instituto Universitario Dexeus de Barcelona.

75 En el estudio del Instituto Universitario Dexeus sobre morbilidad psiquiátrica entre las parejas de un Servicio de Medicina de la Reproducción, sorprende el hecho de que cada una de cada tres mujeres que se someten a una técnica reproductiva y no presente problemas psicológicos iniciales, pueda presentarlos más tarde como consecuencia de ese tratamiento, sigue siendo un dato muy preocupante. El tipo de diagnóstico obtenido con más frecuencia en todos los grupos ha sido el trastorno adaptativo, y se nombraba siempre la infertilidad o la esterilidad como factores estresantes que desencadenan la sintomatología, ya sea desde el momento de conocimiento del diagnóstico o en la reacción a los tratamientos de reproducción. Estos resultados concuerdan con los ya obtenidos por otros investigadores (M. M. Seibel - M. L. Taymor, *Emotional aspects...*, o. c., 137-45).

76 Aunque, en el ámbito del Derecho civil, ciertas voces se han alzado en contra de este examen previo de adecuación de los pacientes de técnicas procreativas (J. Álvaro Dias, *Procriação assistida e responsabilidade médica*, Coimbra 1996, 310) por considerarlo contrario al derecho a la intimidad y un abuso y discriminación de las parejas infértiles.

que alguien propenso a ellos los acabe padeciendo como consecuencia del tratamiento reproductivo y de las circunstancias en las que se desarrolla <sup>77</sup>.

Este examen previo de tipo psicológico nos ayudaría a detectar matrimonios a los que la misma infertilidad involuntaria, la duración de este problema, la dureza del tratamiento..., etc., les pueda llevar a situaciones de gran tensión emocional, ansiedad... o patologías psiquiátricas, situaciones bajo las cuales una técnica de reproducción asistida que en principio era moralmente lícita, fuera ilícita en su realización e incluso inválida, pues podría darse el caso de que los pacientes, encontrándose ante estos problemas emocionales, vean disminuida de tal manera o anulada su voluntariedad/libertad, su conocimiento, o incluso su percepción de la realidad en un grado tal que no nos encontremos ante un verdadero acto humano.

4) *Que no exista grave riesgo para los cónyuges ni para la posible descendencia*

A pesar de que el *bonum filii* sea uno de los fines y bienes fundamentales del matrimonio (can. 1055,1) y de que «no es difícil comprender por qué el deseo insatisfecho de la paternidad o de la maternidad se sienta como un sacrificio penoso y doloroso por los padres [...]. Más aún: la esterilidad involuntaria del matrimonio puede convertirse en un serio peligro para la unión y la estabilidad misma de la familia» <sup>78</sup>; los tratamientos de reproducción asistida únicamente deberían llevarse a cabo cuando se cuente con «posibilidades razonables de éxito y no supongan riesgo grave para la salud de la madre o la posible descendencia», tal y como ordena el artículo 2.1.a) de la Ley 35/88 de Técnicas de Reproducción Asistida.

En efecto, si el objeto de estas técnicas es el de ayudar a la cópula a llegar a alcanzar su fin natural, ese objeto no se erige como algo absoluto, que justifique el hecho de unos padres recurran a estas técnicas biomédicas aun a pesar de que supongan un riesgo evidente para los posibles progenitores o para la posible descendencia (que nos acercaría a lo que la *Donum vitae* denomina *aborto procurado*) sino que el recurso a estas técnicas está

<sup>77</sup> A. Domar - M. A. Zuttermeister - M. Seibel - H. Benson, *Psychological improvement...*, o. c., 144-47: Las conclusiones del programa de apoyo psicológico «Mind/body», en pacientes de programas de reproducción artificial, demuestra que el acompañamiento por parte de psicólogos está asociado con significativos descensos en los síntomas psicológicos negativos que frecuentemente acompañan a los tratamientos de fertilidad (ansiedad, estrés, tensión...). Muchas pacientes abandonaron este programa no porque disminuyera su interés en tener un hijo, sino porque se sentían psicológicamente incapaces para continuar el tratamiento de fertilidad.

<sup>78</sup> *Ibid.*

encuadrado por ciertos límites morales y sujeto al respeto de otros bienes jurídicos como es el bien jurídico de la vida de la madre y del hijo<sup>79</sup>. Existen también otros intereses jurídicos que merecen ser tutelados en estos casos, como la defensa de la vida humana, de la salud e integridad, dado que el derecho de los cónyuges a tener descendencia, además, no es algo absoluto ni puede ser considerado como un derecho fundamental que se tenga que garantizar a los cónyuges a cualquier precio.

Entre los valores fundamentales a ser tenidos en cuenta para realizar un juicio moral sobre una técnica reproductiva está el valor de «*la vida del ser humano llamado a la existencia*», ya que «*sobre la vida física se apoyan y se desarrollan todos los demás valores de la persona. La inviolabilidad del derecho a la vida del ser humano inocente 'desde el momento de la concepción hasta la muerte' es un signo y una exigencia de la inviolabilidad misma de la persona, a la que el Creador ha concedido el don de la vida*» (Donum vitae, Introducción, n. 4).

## B) Emisión del consentimiento

El Código penal promulgado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, señala en su artículo 162,1 que: «*Quien practicar reproducción asistida en una mujer, sin su consentimiento, será castigado con la pena de prisión de dos a seis años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años*». Y es que el consentimiento se constituye como parte esencial en la utilización de estos medios técnicos y en la realización de la técnica reproductiva, por lo que se le deben exigir las garantías del acto humano, es decir, que reúna unas condiciones de consentimiento informado, libre y consciente. Hemos de tener presente que el consentimiento a un tratamiento de estas características debe contemplarse como un proceso interactivo y dinámico, un diálogo entre el paciente y el equipo médico en el curso del cual ambas partes van intercambiándose información. Este proceso de diálogo e intercambio ha de culminarse con la aceptación o no de un tratamiento<sup>80</sup>. En el caso de las técnicas reproductivas, la libertad de los intervinientes, su dignidad y su integridad son bienes jurídicos afectados que deben ser respetados y protegidos con el consentimiento informado y libre de los pacientes.

79 U. Navarrete ('Novae methodi technicae procreationis humanae et ius canonicum matrimoniale', in: *Periodica de Re Morali Canonica Liturgica* 77 [1988] 88) exige que las técnicas reproductivas, para que puedan tener eficacia jurídica en el campo canónico, han de tener las cualidades de: a) sint in se moraliter licitae; b) ne sint vitae periculosae; c) ne sint medium extraordinario.

80 J. Álvaro Dias, *Procriação assistida e responsabilidade...*, o. c., 281.

1) *Información suficiente sobre las circunstancias relativas al tratamiento*

Los pacientes han de ser informados debidamente sobre el tratamiento en todos sus extremos, para que la decisión sea tomada con pleno conocimiento del mismo. En España, la información que se debe facilitar a los pacientes de estas técnicas reproductivas se encuentra acertadamente protocolizada en el Informe Anual de 1998 de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida del Ministerio de Sanidad y Consumo.

Es común en pacientes que eligen las técnicas de reproducción asistida el pensamiento de que las posibilidades de éxito son mucho mayores que las reales, o de que, aunque bajas, a ellos les serán favorables; que se minimicen las posibilidades de complicaciones como la aparición de la hiperestimulación oválica, ciclos cancelados, embarazos múltiples..., etc.<sup>81</sup>, por lo que la frustración es mayor, ya que estos intentos son más penosos para los pacientes. Por todo eso, el terapeuta debe dar el apoyo necesario para que la evaluación de la opción de las técnicas de reproducción asistida sea objetiva y se hayan entendido claramente todas las implicaciones en favor y en contra de estos procedimientos<sup>82</sup>. Incluso existe un momento, para algunos matrimonios y parejas, donde las posibilidades de lograr un embarazo son mínimas y lo más conveniente es suspender ese tratamiento o no iniciarlo desde un principio, a pesar de que ésta sea una decisión difícil para el médico, que habitualmente no está preparado para aceptar que sus recursos sean insuficientes para solucionar los problemas de sus pacientes; el no hacerlo y dejar que las parejas tomen la decisión por sí mismas y abandonen el tratamiento hasta que sus recursos psicológicos y económicos se agoten, no es la conducta recomendable<sup>83</sup>.

Los profesionales deben facilitar, pues, toda la información posible a los matrimonios que inicialmente deseen someterse a estos tratamientos y a la vez ser capaces de evaluar la capacidad física y emocional de estas parejas para afrontar todas las situaciones que se les van a exigir<sup>84</sup>. Según resulte la

81 En *Annual progress in reproductive medicine 1993*, New York 1993, se recogen varias opiniones coincidentes a este respecto: R. Lessor, *Behavioral research on oocyte donation: recipients donors and the social context*, 167; W. Andel - J. Ciccarelli - H. Hanafin, *Legal and legislative aspects of gestational surrogacy*, 181; K. M. A. Tabsh - N. Theroux, *Multifetal pregnancy reduction: indications, techniques and results*, 187.

82 J. Álvaro Dias, *Procriação assistida e responsabilidade...*, o. c., 282.

83 E. Pérez Peña, *Infertilidad y Endocrinología de la Reproducción. Un enfoque integral*, México DF 1995, 636-7.

84 Ésta es una de las principales conclusiones del trabajo de D. Guerra - A. Llobera - A. Veiga - P. N. Barri, *Morbilidad psiquiátrica entre las parejas de un Servicio de Medicina de la Reproducción*, Instituto Universitario Dexeus, Barcelona 1997.

evaluación de estos factores, el terapeuta recomendará estas alternativas técnicas o deberá sugerir otras opciones en cada caso particular, como la adopción, vivir sin hijos, psicoterapia de apoyo..., etc.<sup>85</sup>.

## 2) Emisión de un consentimiento informado

La exigencia de un consentimiento informado y libre es una constante exigencia en los modernos textos legislativos reguladores de actos concernientes a la disposición del propio cuerpo y al Derecho médico; por ello, no es extraño que, además de la exigencia de un consentimiento expresado de forma *libre y consciente*, tal y como indica el artículo 2.1.b) de la ley española de Reproducción Asistida y como exige el artículo 162 del Código penal español.

En el ámbito canónico, parece lógico afirmar que ambos cónyuges han de consentir la realización del tratamiento de fecundidad, ya que ese tratamiento va a implicar a los dos y se va a desarrollar como complemento de una mutua donación entre los esposos. En este contexto la Congregación de Sacramentos, en su Carta Circular *De processu super matrimonio rato et non consummato*, de 20 de diciembre de 1986, interpretó el sentido del *humano modo* como un acto humano por parte de ambos cónyuges; se concreta la conexión entre amor conyugal —cópula conyugal—, modo humano —transmisión de la vida humana—, técnicas de reproducción asistida, pues, en evidente analogía con la doctrina que desembocó en la exigencia del modo humano en la consumación matrimonial, en el desarrollo de la cópula conyugal y en la transmisión de la vida, la emisión del consentimiento y la realización de una técnica reproductiva han de hacerse también a través de un acto digno de seres humanos, esto es, libre y conscientemente. Juan XXIII, en la encíclica *Mater et Magistra*, de 15 de mayo de 1961, afirma expresamente que «la transmisión de la vida humana se confía por la naturaleza a un acto personal y consciente y, como tal, sujeto a las leyes sapientísimas de Dios: leyes inviolables e inmutables, que han de ser acatadas y observadas...» (n. 189). Con estas mismas palabras se expresa también la Instrucción *Donum vitae* (Introducción, n. 4)<sup>86</sup>.

Es posible que una pareja con un gran equilibrio interior tenga cierta probabilidad de pasar indemne por esta experiencia y salvaguardar al hijo

85 E. Pérez Peña, *Infertilidad, Esterilidad y Endocrinología...*, o. c., 637.

86 Ya con anterioridad Pío XII, en su Discurso *Vous Nous avez exprimé*, de 19 de mayo de 1956, al II Congreso Mundial de la Fertilidad y Esterilidad, celebrado en Nápoles (Italia), había señalado el carácter de *acto humano* y *acto deliberado* de la cópula conyugal y del proceso de reproducción humana (AAS 48 [1956] 470).

de otras nefastas consecuencias<sup>87</sup>; pero pueden darse situaciones y circunstancias (por ejemplo, crisis morales o afectivas subsiguientes a estados de conflicto físico o psíquico como una infertilidad no voluntaria prolongada o el fracaso reiterado de los ciclos de reproducción asistida) que al incidir sobre un sujeto de 'yo débil' neurotizan transitoriamente a la persona con tal intensidad que, si una decisión se tomara durante su persistencia, puede hablarse de un *eclipse de la voluntad* en la medida en que disminuye o desaparece la libertad. Estaríamos hablando de auténticos casos de defectos de consentimiento por falta de libertad al tratarse de lo que se denomina en Psiquiatría estados crepusculares, que pueden observarse fuera de una estricta patología y una buena cantidad de conductas que consideramos voluntarias inicialmente, no lo son más que en apariencia<sup>88</sup>. Si esta respuesta coincidiese con el desarrollo del consentimiento y lo determinara gravemente, entonces habría una falta de libertad<sup>89</sup>, que incidiría directamente en la invalidez del acto humano que debe ser el consentimiento a la realización y complemento por medios artificiales de la cópula conyugal.

En ocasiones se puede llegar a provocar un estado mental o psicológico tal que afecte a la capacidad de obrar y al normal proceso de asunción de la procreación conscientemente asumida como fruto del amor, transformando la obtención de un hijo en una necesidad fruto de la ansiedad, desesperadamente perseguido y deseado a cualquier precio. Con una investigación psicológica previa puede detectarse si la pareja ha comprendido y asimilado bien toda la información que se le ha facilitado previamente y si está en condiciones de emitir un consentimiento consciente y libre, fruto de una decisión común, o si, por el contrario, no existe solidez alguna en su motivación y uno de los cónyuges se ha visto obligado a recurrir a estas técnicas sin valorarlas apropiadamente en todos sus términos y con el solo propósito de satisfacer los deseos de paternidad de la otra parte, de intentar salvar su matrimonio o de pretender normalizar una situación que se juzga anormal<sup>90</sup>. La idea de la maternidad o de la paternidad también puede convertirse en una de estas fijaciones obsesivas para alguno de los cónyuges y de forma indirecta coaccionar o determinar la conducta del otro, creyéndose ambos ante la obligación de tener descendencia, sea como sea, para sal-

87 C. Campagnoli - C. Peris, 'Las técnicas de reproducción artificial: aspectos médicos', in: *Manual de Bioética General*, Madrid 1994, 213-5.

88 S. Panizo Orallo, *Nulidades de matrimonios por incapacidad. Jurisprudencia y apuntes doctrinales*, Salamanca 1982, 251-252.

89 O. Fumagalli Carulli, *Intellecto e volontà nel consenso matrimoniale in Diritto canonico*, Milano 1974, 334, nota 79; S. Panizo Orallo, *La 'falta de libertad interna'...*, o. c., 258-259.

90 J. L. Baudouin - C. Labrusse-Riou, *Produire l'homme: de quel droit? Étude juridique et éthique des procréations artificielles*, Paris 1987, 30-1.

var su matrimonio o para realizarlo plenamente. Además, en todas estas motivaciones juega un papel fundamental la afectividad, puesto que, para que las motivaciones conscientes y racionales muevan a la voluntad a hacer algo o a dejar de hacerlo es necesaria la intervención de la afectividad, que es la polaridad, la carga, fundamentalmente de agrado o de rechazo, que producen en nosotros los acontecimientos que vivimos, los contenidos de conciencia de la inteligencia y la voluntad, de tal manera que si algo no nos afectara, no nos sentiríamos movidos ni a deliberar, ni a elegir<sup>91</sup>.

Naturalmente las psicopatologías pueden llegar a tener relevancia jurídica como factores que pueden invalidar un acto humano por una notable disminución sobre el control de las propias facultades volitivas o cognoscitivas; también pueden hacer inútil la información recibida por no ser capaz de asimilarla correctamente, etc., pero siempre que se presenten en un grado tal que afecten sustancialmente a la capacidad de entender y/o de querer del cónyuge. Para ello no hemos de quedarnos en la mera consideración de los factores psicológicos de estrés, ansiedad..., etc., que, por la naturaleza y trascendencia de estos tratamientos de fertilidad, están presentes en todos los pacientes, sino atender a los casos en los que estos factores psicológicos pueden llegar a tener un grado grave.

Al objeto de delimitar aún más nuestra reflexión sobre el consentimiento y realización de forma humana de las técnicas de reproducción asistida, podemos destacar una serie de circunstancias tipo que ya han sido utilizadas para conceptualizar el *humano modo*:

— *Violencia física*.—Al no ser un acto humano puesto libre y voluntariamente por parte del sujeto agente un consentimiento o una técnica reproductiva realizada por violencia, no puede ser nunca considerado un acto de la voluntad, sino como la antítesis de un acto realizado de forma humana.

— *La ignorancia y el error*.—Tanto la ignorancia como el error, para invalidar el acto jurídico han de afectar a la substancia del acto (a su causa o a su objeto) o a una condición *sine qua non* del mismo<sup>92</sup>. Si solamente afectan a las condiciones accidentales del acto, éste es válido salvo que se establezca otra cosa en el ordenamiento jurídico. Estos supuestos se encuentran directamente relacionados con la insuficiencia, parcialidad o ausencia de información a los pacientes de una técnica reproductiva, circunstancias que motivarían la invalidez del acto. De aquí la importancia de facilitar una información previa y completa sobre todos los extremos e implicaciones del tratamiento a los cónyuges, y en términos que les sean accesibles a ambos.

91 *Ibid.*

92 F. J. Urrutia, *Les normes générales...*, o. c., 206.

También resulta de una gran utilidad y contribuye la seguridad jurídica hacer constar en el escrito por el que los esposos manifiesten su consentimiento a la realización del tratamiento, un resumen genérico de la información que se les ha facilitado.

— *El miedo*.—Ya hemos indicado las divergencias existentes en la doctrina sobre la total aplicabilidad del canon 125,2 al campo matrimonial en lo referente a si el miedo grave es o no, por sí mismo, circunstancia invalidante de la consumación *humano modo*, y como una buena parte de la doctrina lo considera también invalidante de la consumación de modo humano. En nuestro caso analizamos no el mero acto jurídico de la emisión del consentimiento a la realización de una técnica médica, sino que estamos analizando el consentimiento a algo mucho más trascendental, como es la realización de una cópula conyugal que ha de realizarse de modo natural de una forma humana, y que, posteriormente, va a ser auxiliada por medios técnicos para que dé origen a una nueva vida humana.

No sin razón, la encíclica *Humanae vitae* señaló que *«justamente se hace notar que un acto conyugal impuesto al cónyuge sin considerar su condición actual y sus legítimos deseos, no es un verdadero acto de amor; y prescinde, por tanto, de una exigencia del recto orden moral en las relaciones entre los esposos»* (*Humanae vitae*, n. 13). En el mismo sentido, la *Evangelium vitae*, sobre el valor y el carácter inviolable de la vida humana, de 30 de marzo de 1995, ha afirmado que las torturas mentales y los intentos de coacción psicológica son verdaderas violaciones de la integridad de la persona humana y que *«son ciertamente oprobios que, al corromper la civilización humana, deshonran más a quienes los practican que a quienes padecen la injusticia y son totalmente contrarios al honor debido al Creador»* (n. 3).

En la práctica, pueden no ser poco probables los casos de coacción o fuerza moral por parte de uno de los cónyuges hacia el otro, aunque se ejerza de forma inconsciente, forzándole a someterse a uno de estos tratamientos<sup>93</sup> o incluso forzándose él mismo a obtener descendencia a cualquier precio (por ejemplo, casos de neurosis obsesiva por tener hijos, que se debiera detectar en ese examen psicológico previo y tratarse antes de iniciar el tratamiento). Si esta violencia moral, coacción o miedo tuviera un grado tal que afectara de forma determinante a la libertad o a la voluntad del otro, podríamos encontrar al cónyuge coaccionado en un grado tal que resultara incapaz de realizar un acto humano. Como ya hemos señalado, cabe que una de las partes puede estar presionando emocionalmente a la otra para

93 R. M. de Veciana de la Cuadra, *La eutelegenesia...*, o. c., 210-1.

empujarle a seguir un tratamiento de fertilidad o sobre la realización de una técnica determinada, o de una variante concreta. Habrá que comprobar que no se trata de una mera presión o cierta influencia en las decisiones del otro, sino de una verdadera coacción del otro, para determinar su relevancia jurídica <sup>94</sup>.

De cualquier manera, ninguno de los cónyuges tiene, pues, derecho a exigir al otro que se someta a una técnica de reproducción asistida, ya que el *status* matrimonial no da derecho a ello, sino simplemente al uso de las facultades naturales ordenadas a la reproducción humana (*Donum vitae*, II, n. 8) y el consentimiento a la realización del acto sexual no implica el consentimiento a la realización de una técnica de reproducción asistida que complemente a esa cópula <sup>95</sup>. La Iglesia niega la existencia del *ius filii* como derecho fundamental del Hombre <sup>96</sup>, pues, de admitirlo, sería contrario a la dignidad humana y a la naturaleza, ya que cualquier medio sería lícito para poder alcanzar esa descendencia <sup>97</sup>.

— *El dolo*.—Todo lo anteriormente señalado para el caso del miedo resulta también aplicable al dolo, aunque hemos de indicar que el equipo médico debería paralizar el tratamiento en los casos en los que detectara coacciones, malos tratos físicos o psíquicos, fraude..., etc., con las que un cónyuge tratara de compeler al otro cónyuge a la realización del tratamiento de fertilidad. Es evidente que la exigencia de un examen previo de adecuación por parte de un equipo de psicólogos, efectuado de forma individualiza a cada esposo, es un instrumento eficaz para la detección de estas circunstancias.

— *Ánimo de venganza*.—Debemos señalar como poco probable el ánimo de venganza de uno de los cónyuges que intentara contagiar al otro

<sup>94</sup> Recordemos que W. Freeman - A. S. Boxer - K. Rickels - R. Tureck - L. Mastroianni (*Psychological evaluation and support...*, o. c., 48-53) ya establecían el hecho de que no es común el hecho de que una pareja tenga un mismo nivel de decisión ante el tratamiento, ni ante el hecho de tener un hijo, siendo muy corriente el que uno de ellos tenga una mayor carga emocional ante este proceso que el otro cónyuge; sin embargo, es necesario que se reconozca abiertamente en los encuentros con los asesores psicológicos el hecho de que el someterse al tratamiento es una decisión plenamente asumida y compartida por ambos cónyuges. También parece probado que la infertilidad y estos tratamientos de reproducción normalmente afectan psicológicamente en mayor medida a las mujeres que a los miembros varones de la pareja.

<sup>95</sup> J. J. García Failde, 'Incidencia de las técnicas de reproducción...', o. c., 274.

<sup>96</sup> Esto parece también aceptado por parte de la doctrina civilista. Así J. Vidal Martínez, *Las nuevas formas de reproducción humana: estudio desde la perspectiva del Derecho civil español*, Madrid 1988, 203. Aunque esta opinión no es unánime, a ella se oponen, entre otros: Y. Gómez Sánchez, *El derecho a la reproducción humana*, Madrid 1994, 59; L. M. Domínguez Rodrigo, 'Los derechos procreativos como expresión del derecho al libre desarrollo de la personalidad en el seno de las uniones matrimoniales', in: *Libro homenaje al Profesor José Luis Villar Palasí*, Madrid 1989, 361.

<sup>97</sup> J. J. García Failde, 'Incidencia de las técnicas de reproducción...', o. c., 271.

con una enfermedad infecciosa o venérea, o transmitírsela a su descendencia, pues este tipo de afecciones son normalmente detectadas en el examen médico al que se somete rutinariamente la pareja antes del inicio del tratamiento. En cualquier caso, si se llegara a una de estas situaciones (por ejemplo, con la ocultación de los resultados de estas pruebas), está claro que uno de los esposos toma ventaja de la buena fe del otro y no realiza la mutua donación que debe ser el acto conyugal, realizándose de forma completamente ilícita la cópula y, por tanto, también su complemento técnico.

— *Influencia de sustancias estupefacientes o que provoquen la pérdida del uso de razón.*—Por supuesto implican la incapacidad del sujeto para realizar un acto humano y emitir su consentimiento a un tratamiento de fertilidad. El modo humano exige que las partes intervinientes emitan su consentimiento con la suficiente advertencia, libertad y consciencia, pero también que lo hagan de manera conforme a la dignidad humana; un estado de inconsciencia sería incompatible con esta doctrina<sup>98</sup>. A estos efectos nos parece prudente reseñar que hormonas como la gonadotropina coriónica (HCG) utilizadas en los tratamientos de estimulación de la ovulación en la mujer o de la espermatogénesis en pacientes varones, o fármacos como el citrato de clomifeno, pueden llevar asociados unos efectos adversos tales como fatiga, cansancio, irritabilidad, insomnio, además de depresión y comportamiento agresivo<sup>99</sup>. También sustancias androgénicas utilizadas para el tratamiento del hipogonadismo en varones, como la fluoximesterona, la metiltestosterona o la testosterona, pueden llegar a provocar efectos adversos asociados en tratamientos prolongados o en dosis excesivas, tales como una estimulación sexual excesiva, grandes niveles de ansiedad y depresión mental<sup>100</sup>. Pero, normalmente, ninguna de estas sustancias utilizadas en los tratamientos de fertilidad, por sí mismas, provoca directamente una pérdida de la capacidad de los sujetos para realizar un acto humano, aunque pueden incidir de forma indirecta en la pérdida de tal capacidad al contribuir a aumentar la presión a la que han de someterse los pacientes de una técnica de reproducción asistida.

En el ámbito civil, en la técnica de reproducción también se exige la aceptación de la técnica de forma *libre y consciente*, tal y como indica el artículo 2.1.b), es decir, conociendo que, como todos los tratamientos médicos y más si son quirúrgicos como lo son algunas de las técnicas reproductivas, tienen sus inconvenientes e incluso sus peligros. Según la propia legis-

98 L.Chiappetta, *Prontuario di Diritto canonico e concordatario*, Roma 1994, 762-3.

99 American Hospital Formulary Service, *Drug information*, Washington 1995, 2158-9; Royal Pharmaceutical Society of Great Britain, *Martindale. The Extra Pharmacopoeia*, London 1993, 1179.

100 American Hospital Formulary Service, *Drug information*, o. c., 2122-6.

lación civil, los pacientes han de aceptar la realización de una técnica reproductiva sobre su propio cuerpo de forma libre y voluntaria, racional y consciente. Incluso lo dispuesto en la Ley 35/88 de Técnicas de Reproducción Asistida, en sus artículos 2.3., 6.1 y 6.4, en el sentido de obligar a hacer constar por escrito el consentimiento o aceptación de la realización del tratamiento de fertilidad por parte de los dos miembros de la pareja también puede eliminar una gran parte de los supuestos negativos del *humano modo* si tal formalización por escrito se realiza en escritura pública o si es un documento privado ante varios testigos (violencia, engaño..., etc.).

Como conclusión, podemos afirmar que el consentimiento y realización de la cópula conyugal que va a ser auxiliada por las técnicas biomédicas de reproducción, han de ser actos realizados de forma que las partes intervengan con la suficiente advertencia, libertad y consciencia. Sabemos que el *humano modo* exige, como mínimo, una voluntariedad virtual, por lo que la voluntad inicialmente expresada se considera que prevalece si no ha sido retractada, es decir, que al igual que la doctrina del *humano modo*, ha de ser un acto al menos virtualmente voluntario<sup>101</sup> y cualquier cónyuge podrá pedir que se suspenda el tratamiento de fertilidad en cualquier momento antes de que se haya completado<sup>102</sup>, estableciéndose, en vistas a la seguridad jurídica, una presunción *iuris tantum* de conformidad de la intención con la forma exterior de comportarse (can. 124,2); de aquí la virtualidad que se exige en la intención de la voluntad que ha de existir al momento de poner el acto, por tanto, existiendo virtualmente la intención de realizar una cópula conyugal, también debe existir la de complementar esa cópula por medio de un tratamiento de reproducción asistida. Acertadamente, la ley española exige un requisito esencial de forma escrita por parte de ambos cónyuges en razón de la importancia y trascendencia de lo que se va a consentir y a realizar, así como de los intereses y derechos que se afectan.

### 3) *El objeto del consentimiento ha de ser una técnica de reproducción asistida*

Como ya han afirmado autores que analizaron otros temas en los que la moral y la ley entran en contacto, cualquier postura que se defienda va a ir impregnada de los personales criterios y particulares exigencias en la

101 Tal y como ha señalado la Congregación de Sacramentos en su «Litterae Circulares 'De Process super matrimonio rato et non consumato'», de 20 de diciembre de 1986 (*Communicationes* 20 [1988] 78-84).

102 *Ius variandi* reconocido en el artículo 2.1.b).4 de la Ley 35/88 sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

materia <sup>103</sup>. La moralidad de la intencionalidad no basta para definir acto éticamente positivo: la buena intención en un acto que de por sí no es recto, quizá pueda excusar la culpa subjetiva o de la imputación jurídica, pero no salvaguarda el bien integral de la persona, ni la persona en su integridad. La intención de curar una esterilidad no justifica cualquier medio y cualquier proceso para obtener la concepción de un hijo <sup>104</sup>. Podemos sintetizar la doctrina canónica al respecto diciendo que el magisterio católico ha establecido firmemente los principios de que: se ha de salvaguardar la unidad físico-espiritual del acto conyugal; la intervención médico-científica será lícita si sólo ayuda o asiste a la eficacia de ese acto conyugal, pero será ilícita si lo sustituye; la procreación se ve privada de su perfección si no es fruto de la unión física y espiritual de los esposos, sin que pueda admitirse una técnica biomédica de reproducción que comporte una disociación entre la unión de los cónyuges y la procreación.

A partir de un estudio de la doctrina de la *Humanae vitae*, Guzzetti analizó la importancia de la cópula conyugal en el matrimonio relacionándola con la doctrina de la consumación y el carácter ilícito de la fecundación artificial en la mujer. Este autor afirma que si el acto conyugal es unitivo y procreador, entonces comprende lo que los esposos hacen y no las consecuencias que se persiguen. Sólo este acto es *conyugal* y sólo él *consume* el matrimonio, un acto que no admite ni la anticoncepción ni la fecundación artificial de la mujer, por lo que la Iglesia no puede dar por bueno un acto que, en su proceso, tienda sólo a la unión sin la procreación, ni un acto que tienda sólo a la procreación sin la unión <sup>105</sup>.

En febrero de 1987, la Instrucción *Donum vitae* de la Congregación para la Doctrina de la Fe, reafirmaba la licitud moral de todas aquellas técnicas reproductivas que se realizaran dentro del matrimonio y que únicamente faciliten o ayuden a que el acto sexual alcance su finalidad natural (*técnicas de reproducción asistida*). Así, se permiten ciertas intervenciones técnicas en la reproducción humana, se señala que la conciencia moral no las prohíbe necesariamente y que están moralmente aceptadas algunas de estas intervenciones científicas. La masturbación como medio para obtener el semen masculino, aun cuando se produce con miras a la procreación, es rechazada al excluirse el significado unitivo de la cópula conyugal y la mutua donación entre los esposos (*Donum vitae*, II, n. 6). Por todo esto, sólo será

103 E. Diz Pintado, 'Los centros sanitarios acreditados para la práctica legal del aborto: Texto legal y comentario', in: *Revista Española de Derecho Canónico* 44 [1987] 595.

104 E. Sgreccia, *Manuale di Bioetica*, 2.<sup>a</sup> ed., vol. 1, Milano 1996, 425-6.

105 G. B. Guzzetti, 'La *Humanae vitae* nei suoi commentari', en *La Scuola Cattolica* 97 [1969] 179-224.

moralmente lícito consentir la realización de una *técnica de reproducción asistida* y no será lícito consentir la realización de una *técnica de reproducción artificial*, esto es, que no respete la integridad, naturalidad y condición personal de la procreación humana.

\* Técnicas moralmente ilícitas serían aquellas que hemos llamado *técnicas de reproducción artificial*:

La *Donum vitae*, en la línea del magisterio precedente, señala expresamente la ilicitud moral de la fecundación *in vitro* (FIV-TE)<sup>106</sup>, aunque se realizara en su *caso simple* (sin destrucción de embriones, ni masturbación para obtener el semen), ya que supone producir extracorporalmente un embrión humano, privando así a la «procreación humana de la dignidad que le es propia y connatural» (*Donum vitae*, II, n. 5). El argumento de ser una fuente de innumerables abortos procurados también se plantea en la FIV-TE (*Donum vitae*, II, n. 5). En estos mismos argumentos de ilegitimidad moral debe incluirse también a la transferencia intratubárica de embriones o fecundación *in vitro* con transferencia de embriones en fase de pronúcleos (*ZIFT, Zigote Intra Fallopian Transfer*)<sup>107</sup>, y a sus variantes, la técnica denominada TET, la *transferencia intratubárica de pronúcleos (PROST)*, el *culture*<sup>108</sup>... en las que se transfieren embriones en estadios más avanzados de su desarrollo<sup>109</sup>. También serán ilícitas las técnicas de microinseminación, en las que se crean artificial y extracorporalmente (fuera del cuerpo de la madre) los embriones, tales como la microinyección de espermatozoides en el espacio perivitelino (*SUZI* o *SZI*,

106 La *fecundación in vitro-transferencia de embriones* supone recolectar espermatozoides y óvulos para ponerlos en contacto de forma artificial y fuera del cuerpo de la madre. La fecundación se consigue en una placa de laboratorio bombardeando el óvulo con unos 100-150.000 espermatozoides. El embrión resultante es transferido al útero o al cuello de la matriz del aparato genital femenino (Servicio de Medicina de la Reproducción. Departamento de Obstetricia y Ginecología. Instituto Universitario Dexeus, *Fecundación «in vitro»*, Barcelona 1995, 7).

107 La *Transferencia intratubárica de cigotos* es una técnica variante perfeccionada de la FIV-TE en la que el embrión formado fuera del cuerpo de la madre es transferido a las trompas en un estado más avanzado de desarrollo (P. Devroey - C. Staessen - M. Camus - E. Degrauwe - A. Wisanto - A. C. van Steirteghen, 'Zygote intrafallopian transfer as a successful treatment for unexplained infertility', in: *Fertility & Sterility* 52 [1989] 246).

108 Estas técnicas surgen para la consecución de un mayor número de éxitos en la implantación del embrión en el útero materno y suponen una notable prolongación del tiempo que el embrión permanece en una probeta de laboratorio, fuera del cuerpo de la madre, pues el embrión producido *in vitro* se transfiere al cuerpo de la mujer una semana después de haberlo formado, cuando ya cuenta con unas 120 células (D. R. Meldrum, 'Blastocyst transfer. A natural evolution', in *Fertility & Sterility* 72 [1999] 216-7).

109 I. Cano - M. Martínez Moya, *Aspectos técnicos de la Reproducción Asistida*, Cádiz 1992, 25.

*Subzonal Insertion*), así como la microinyección directa de un espermatozoide en el interior del ovocito (*ICSI, Intracytoplasmic Sperm Injection*)<sup>110</sup> o la microinyección de espermátides *redondos* (*ROSI, Round Sperm-tid Injection*) o *alargados* (*ELSI, Elongated Sperm-tid Injection*)<sup>112</sup>, y que suponen variantes técnicas que sustituyen totalmente la cópula como vía de transmisión de la vida humana. También por estos mismos argumentos morales (aunque no sólo por éstos) resultaría ilícita la reproducción humana por clonación, si algún día se realizara<sup>113</sup>.

\* Técnicas moralmente lícitas serían las técnicas biomédicas que podríamos denominar *asistidas*, moralmente lícitas y a las que podríamos hacer lícitamente objeto del consentimiento de los esposos:

— Los tratamientos de *inducción y estimulación de la ovulación o de la espermatogénesis*<sup>114</sup> en el *coito dirigido* en nada alteran el natural desarrollo de la cópula natural y se limitan a ser un complemento químico que ayudan, facilitan o incrementan las posibilidades de obtener descendencia por medio de la cópula conyugal. Es quizás el tratamiento de fertilidad que menos

110 Las técnicas de microinseminación de espermatozoides y las de espermátides suponen la obtención de un óvulo y su fecundación en laboratorio por medio de la microinyección dentro del mismo de un solo espermatozoide o espermátide (J. Tesarik - C. Mendoza, 'Sperm-tid injection into human oocytes. I. Laboratory techniques and special features of zygote development?', in: *Human Reproduction* 11 [1996] 773).

111 Un espermátide es un «embrión de espermatozoide», la célula germinal masculina que cuando madura da lugar a un espermatozoide, pero que ya cuenta con cromosomas haploides. Los gametos masculinos son haploides, esto es, cuentan con una copia única de cada cromosoma, que, en la fecundación del óvulo femenino, deberán unirse en pares con los cromosomas que este último aporta, formando una célula embrionaria diploide (R. H. Tamarin, *Principles of Genetics*, Boston 1982, 42-3)

112 J. Tesarik - C. Mendoza, *Sperm-tid injection into human...*, o. c., 773.

113 Condenada por ser contraria a la *moral en cuanto que están en contraste con la dignidad, tanto de la procreación humana como de la unión conyugal* en la *Donum vitae* I, n. 6. También fue duramente rechazada en una Nota de la Presidencia del Consejo de las Conferencias Episcopales de Europa del 26 de febrero de 1995 (*Ecclesia*, 8 y 15 de abril de 1995, 66); y más recientemente el papa Juan Pablo II en su discurso en la Universidad de Cracovia del día 8 de junio de 1997 durante su visita a Polonia (*La documentation catholique* 2164 [1997] 676-7).

114 La *inducción a la ovulación* consiste en administrar a la mujer preparados hormonales (citrate de clomifeno, gonadotropina coriónica humana o análogos de esta GnRH) para que se produzca un mayor número de óvulos y así tener unas posibilidades mayores de que uno de ellos sea fecundado por un espermatozoide cuando la pareja mantenga relaciones sexuales (V. López Villaverde - V. Caballero Fernández, 'Estimulación e inducción de la ovulación en el coito dirigido y en la inseminación intrauterina', in: *Actualidad en Reproducción Humana* 6/1 [1997] 4-20).

La *estimulación de la espermatogénesis* se trata principalmente de preparados de gonadotropina coriónica en combinación con menotropinas, o bien otros tratamientos hormonales androgénicos, que aumentan la producción de espermatozoides en los testículos del varón (P. N. Barri, *Estérilidad e infertilidad...*, o. c., 33).

trabas morales y jurídicas presenta, pues para nada interfiere en la naturalidad de la cópula, ni tiene efectos secundarios que puedan alterar la capacidad de los esposos.

— Las *inseminaciones asistidas*, es decir, aquellas inseminaciones que complementen a la cópula conyugal realizada *modo humano et naturali*, de tal forma que, tras producirse la eyaculación del esperma en la vagina de la mujer, se recoge esa muestra de semen del marido depositada en la vagina y se transfiere o insemina inmediatamente a partes más internas del aparato genital femenino<sup>115</sup>. Esta inseminación instrumental del semen masculino puede realizarse desde la vagina a diferentes posiciones del aparato genital interno femenino, lo cual va a determinar el tipo de inseminación que se va a realizar, siempre dependiendo de la indicación de cada una de ellas para cada pareja de pacientes, y así podremos encontrarnos con inseminaciones para-intracervicales, intrauterinas, intraperitoneales o intratubáricas<sup>116</sup>, que serán moralmente lícitas realizándose como ayuda de la cópula conyugal<sup>117</sup>.

— La técnica de la *transferencia del ovocito a la trompa* o LTOT (*Low Tube Oocyte Transfer*) por la que, por vía transvaginal y bajo control ecográfico, se transfiere el ovocito al tercio proximal de la trompa, de modo que se facilita el encuentro con el ovocito femenino a los espermatozoides asténicos o de baja movilidad<sup>118</sup>, también resultaría moralmente lícita, puesto que únicamente supone la mejora de las posibilidades de que, a través de la realización de una cópula conyugal, se produzca la fertilización del ovocito<sup>119</sup>.

— La *transferencia intratubárica de gametos (TIUG)*. Parece que esta técnica ha sido desarrollada con el fin de obviar las reservas éticas manifestadas ante la fecundación *in vitro*, no sólo desde el campo de la doctrina católica, sino también desde otras instancias médicas y jurídicas<sup>120</sup>. Puede realizarse una vez completada la cópula conyugal, recogiendo el esperma y situándolo en un catéter en el que se han depositado previamente uno o varios ovocitos obtenidos por laparoscopia o sonografía vaginal. Aunque

115 E. Pérez Peña, *Infertilidad, Esterilidad y Endocrinología...*, o. c., 645-6.

116 C. Campagnoli - C. Peris, *Las técnicas de reproducción...*, o. c., 206.

117 J. J. García Failde, *Incidencia de las técnicas de reproducción...*, o. c., 269; E. Sgreccia, *Manuale di bioética...*, o. c., 303.

118 M. L. Di Pietro, 'La fecondazione artificiale: aspetti scientifici', in: *Progresso biomedico e Diritto matrimoniale canonico, con elementi di biologia, di etica e di Diritto civile in tema di fecondazione artificiale e modificazione di sesso*, Patavii 1992, 16.

119 J. J. García Failde, *Incidencia de las técnicas de reproducción...*, o. c., 269; E. Sgreccia, *Manuale di bioética...*, o. c., 443-4.

120 *Ibid.*, 442.

ambos gametos se sitúen en el mismo catéter, no se puede producir fecundación alguna, ya que éstos se encuentran separados por una burbuja de aire. Esos gametos se transfieren simultáneamente, aunque por separado, a una de las trompas de la mujer, aumentándose las posibilidades de que se produzca una fecundación <sup>121</sup>. Aunque la Instrucción *Donum vitae* no se pronuncia de forma expresa sobre esta técnica y la doctrina tampoco se sitúa de forma inequívoca al respecto <sup>122</sup>, ha sido considerado como un medio técnico moralmente válido por varios autores, pues sólo supone una ayuda no sustitutiva de la cópula que los cónyuges han completado, realizándose la fecundación del óvulo de forma natural y dentro del cuerpo materno, sin pérdida de embriones y con espacios muy breves de permanencia de los gametos fuera del organismo humano <sup>123</sup>.

— Estos mismos argumentos, que apoyan la licitud moral de la transferencia intratubárica de gametos (TTUG), son también perfectamente aplicables para justificar la moralidad de la técnica de la perfusión espermática a oviductos (*FSP, Fallopian Sperm Perfussion*) <sup>124</sup>, teniendo en cuenta que ambas técnicas pueden realizarse como complemento de la cópula conyugal sin llegar a interferir su desarrollo de *modo naturali* <sup>125</sup>. De hecho muchas clínicas recomiendan a sus pacientes la transferencia de gametos a las trompas como una alternativa tolerada por la Iglesia católica, con unas posibilidades de embarazo similares a las obtenidas con la fecundación *in vitro*, pero sin la problemática moral que ésta implica <sup>126</sup>.

121 N. Garcea - S. Campo - R. D'Argenio, 'Is the GIFT a possibility for Catholics in the assisted reproduction field?', in: *From basics to clinics* 63 [1989] 313.

122 J. Seifert, 'Substitution of the coniugal act or assistance to it? IVF, GIFT and some other medical interventions. Philosophical reflections on the Vatican Declaration Donum vitae', in: *Antropotes* 2 [1988] 273-86; E. Sgreccia, *Manuale di Bioetica...*, o. c., 443; N. Tonti Filippini, 'Donum vitae and Gamete Intra Fallopian Transfer', in: *Humanae Vitae: 20 anni dopo. Atti del II Congresso Internazionale di Teologia Morale*, Milán 1989, 791-802.

123 J. J. García Faílde, *Incidencia de las técnicas de reproducción...*, o. c., 269.

124 Consiste en la inseminación por vía transcervical de un mayor volumen de medio de cultivo con espermatozoides previamente capacitados. Se requiere una previa hiperestimulación de la ovulación de la mujer para aumentar la posibilidad de unión espontánea entre óvulo y espermatozoide (J. A. Kahn - V. von Düring - A. Sunde - T. Sordal - K. Molne, 'Fallopian tube sperm perfusion: First clinical experience', in: *Human Reproduction* 7 [1992] 19).

125 Sgreccia también se muestra de acuerdo en que el semen obtenido lícitamente (tras una cópula conyugal) puede también ser tratado lícitamente para una mejor «capacitación» (*Manuale di Bioetica...*, o. c., 434).

126 Así podemos observar el folleto informativo que el Instituto Valenciano de Infertilidad ofrece a sus pacientes, en el que se especifica que: «Existen parejas con distintas convicciones religiosas. En España, lo más extendido es la prohibición de la Iglesia Católica a realizar cualquier técnica de reproducción asistida excepto la transferencia de gametos en las trompas (GIFT). Aunque existen razones clínicas para no prodirar el GIFT, lo cierto es que las posibilidades de embarazo que ofrece son iguales que la FIV, por lo que estamos dispuestos a realizarlo si es solicitado».

Lógicamente, la combinación de los tratamientos de reproducción moralmente lícitos, con una hiperestimulación de la ovulación en la esposa, tiene una mayor garantía de éxito en la fecundación al exponerse más de un ovocito maduro a la posible fecundación del semen del marido; por ejemplo, en el caso de que se desarrollara una inseminación asistida o una LTOT con apoyo de una hiperestimulación ovárica controlada (HOC)<sup>127</sup>.

C) *Realización de modo humano  
de una cópula conyugal asistida técnicamente*

1) *Ha de completarse una cópula conyugal  
de modo natural y humano*

Partimos una vez más de que el principio esencial para la lícita transmisión de la vida humana y para la realización de una técnica de reproducción asistida es un «acto conyugal de suyo idóneo a la generación de la prole, al que se ordena el matrimonio por su propia naturaleza y por el cual los cónyuges se hacen una sola carne», tal y como especifica la Instrucción *Donum vitae* (II, n. 4), parafraseando el canon 1061,1. Es decir, que se complete un acto conyugal en el que permanezcan unidos sus significados unitivo y procreativo y con todos los elementos de la cópula que consume el matrimonio. Aunque la *Donum vitae* no lo indique expresamente, es lógico requerir que esa cópula que va a ser complementada por medios técnicos, sea también una cópula realizada de modo humano, ya que para definir lícito un procedimiento procreativo no es, por tanto, suficiente con que la intención sea legítima (los esposos desean tener un hijo), sino que también han de ser lícitos los medios y el modo; de forma que la concepción de un nuevo ser humano será lícita cuando se realice en el seno de un acto conyugal descrito en el canon 1061,1, canon en el que se requiere el concepto de *humano modo*<sup>128</sup>.

De esta forma, en la parte fisiológica, los cónyuges han de completar una cópula conyugal realizada de modo que por parte del esposo se lleve

127 Por ejemplo, en casos en los que la causa de la infertilidad permanece desconocida (idiopática), o en casos en los que el semen encuentre dificultad para ascender por los genitales femeninos (G. B. Melis - A. M. Paoletti - F. Strigini - F. Menchini Fabris - D. Canale - P. Fioretti, 'Pharmacological induction of multiple follicular development improves the success rate of artificial insemination with husband's semen [AIH] in couples with male related or unexplained infertility', in: *Fertility & Sterility* 47 [1987] 441; S. Welner, A. H. de Cherney - M. L. Polan, 'Human menopausal gonadotropins: a justifiable therapy women with long-standing idiopathic infertility', in: *American Journal of Obstetrics and Gynecology* 158 [1988] 11).

128 E. Sgreccia, *Manuale di Bioetica...*, o. c., 435.

a cabo la erección del pene, la penetración en la vagina de la esposa y la eyaculación del semen en ella. Mientras que la esposa ha de recibir en su vagina el miembro erecto de su marido y su eyaculación. La penetración por parte del miembro viril ha de ser inmisiva o penetrativa y no simplemente apositiva <sup>129</sup>. Una vez completada la cópula conyugal con estos requisitos, tendremos la oportunidad de asistirle (por ejemplo, por medio de una inseminación) o de haberla asistido previamente (por ejemplo, a través de una HOC) para que pueda conseguir el fin que le es propio y se obtenga una nueva vida.

En la parte psicológica, la cópula que se va a complementar por medios artificiales, ha de realizarse de modo humano, esto es, sin violencia y aceptando ambas partes de forma libre y consciente la realización de un acto carnal con su cónyuge, expresión de mutua donación entre los esposos. El encuentro conyugal ha de tener la impronta de la misma especificidad del ser humano, esto es, de su racionalidad y de su voluntad libre <sup>130</sup>.

## 2) *La cópula se asistirá por medios lícitos*

Para que la cópula se pueda asistir de forma humana, se han de respetar los requisitos que hemos referido anteriormente y que hacen referencia a la capacidad, al consentimiento a la realización del tratamiento y a la realización de una cópula conyugal *modo naturali et humano*. Pero también es necesario que sea lícito moralmente el medio por el que se complemente esa cópula y que ese complemento técnico se aplique de forma humana, esto es: respetando la decisión libre y conscientemente asumida por los cónyuges, realizando la variante técnica que han consentido y respetando el consentimiento informado emitido hasta el punto de que cualquiera de los cónyuges pueda negarse, aun en último término, a que se realice ese complemento técnico a la cópula.

Al igual que la cópula ha de completarse de modo humano, la realización del tratamiento de fertilidad o técnica procreativa, se ha de realizar también de modo humano, pues se realizarían ilícitamente estas técnicas si se llevara a cabo una cópula conyugal de modo humano, habiéndola consentido ambos esposos libre y voluntariamente, e inmediatamente después se obligara a la mujer por la fuerza, mediante engaño, dejándola

129 F. R. Aznar Gil, *El nuevo Derecho matrimonial...*, o. c., 132-3.

130 P. A. Bonnet, 'L'impedimento di impotenza (can. 1084 CIC)', in: *Gli impedimenti al matrimonio canonico*, Città del Vaticano 1989, 149.

inconsciente... a someterse a una inseminación asistida o a una LTOT. Igualmente resultaría ilícito obligar a uno de los cónyuges a someterse a un tratamiento hormonal o engañarle diciéndole que los fármacos no son más que vitaminas, bien al marido para estimular la espermatogénesis o a la mujer para hiperestimular la ovulación. La violencia, el engaño, el error sustancial o por cualquier otro medio que merme sustancialmente las capacidades volitivas o intelectivas del sujeto van a ser circunstancias que impiden la realización válida y de modo humano de una técnica de reproducción asistida.

Tampoco se realizaría una técnica de reproducción asistida de modo humano bajo la influencia de sustancias o desequilibrios psicológicos que anulen o disminuyan gravemente la capacidad volitiva o intelectual, cuando se realizara por violencia, ánimo de venganza, odio, simulación; por dolo, engaño, ocultación de información o cuando ésta es deficiente y no alcanza a aspectos esenciales del tratamiento, pues provocaría un error sustancial; violencia moral o miedo tal que hiciera desaparecer la libertad de uno o ambos cónyuges, ya que estas circunstancias provocarían un estado de incapacidad *de facto* para realizar un acto de forma humana.

#### 4. LA APORTACIÓN DE ESTA DOCTRINA

La realización de una técnica de reproducción asistida dentro de la legalidad canónica exige estas condiciones mínimas de moralidad, racionalidad, voluntariedad y normalidad que permita calificar a ese acto como humano en su contenido y en su realización: humano por tener conciencia de lo que se hace y advertencia acerca del propio acto; humano por no lesionar la libertad personal de los cónyuges; y humano por respetar el orden natural del acto mismo, sin contradicción objetiva con él <sup>131</sup>.

El estudio de la vertiente jurídica de las técnicas biomédicas de reproducción cobra especial importancia hoy día cuando parece que la humanidad se adentra en el ámbito de la medicina del deseo, de la conveniencia y que, en algunos casos, se dirigen a satisfacer el deseo de tener hijos, en parte debido a la modernidad del placer y del individualismo <sup>132</sup>. Pero no hemos de perder la perspectiva de que las técnicas biomédicas de repro-

131 A. Marzoa - J. Miras - R. Rodríguez-Ocaña, *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico...*, o. c., 1093. Comentario al canon 1061,1 a propósito del concepto de *humano modo*.

132 M. Carcaba Fernández, *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, Barcelona 1995, 126.

ducción humana llevarán siempre asociadas una multitud de interrogantes y cuestiones que no pueden afrontarse únicamente desde un punto de vista científico, biológico o médico, sino que conllevan unas implicaciones jurídico-morales que deben ser también atendidas para encaminar estos medios técnicos hacia un verdadero avance y progreso de lo humano.

Juan José Puerto González