



DEL «BONUM PROLIS» AL HIJO COMO DAÑO (Retos de la jurisprudencia canónica ante las nuevas orientaciones de la jurisprudencia civil en materia de esterilizaciones)

MARÍA J. ROCA

Universidad de Vigo

INTRODUCCIÓN

El Prof. Hervada, en cuyo homenaje se escriben estas páginas, se cuenta entre los verdaderos juristas que saben conjugar las bases ontológicas del Derecho que subyacen en la ley, a la vez que mantiene el método propio del saber jurídico¹. Una de las características de su fecundo magisterio es la búsqueda de soluciones concretas a problemas nuevos, sin relativizar los elementos de Derecho divino o natural presentes en el fenómeno jurídico de la Iglesia católica, sino fundamentando sus soluciones en bases objetivas. En la línea de ese magisterio, del que me considero beneficiaria, se inserta el presente estudio.

Sobre el interés que para un canonista puede tener el estudio de los efectos civiles de la prole, cabría aplicar aquí, *mutatis mutandi*, lo que O. Giacchi² dijo acerca del interés de los canonistas por el matrimonio civil: el reconocimiento de los efectos civiles del matrimonio canónico coincide con los efectos del matrimonio civil, de ahí que alterando el matrimonio civil, indirectamente se altera también el canónico. Pues bien, de modo análogo, la regulación de la prole en los ordenamientos civiles, no deja de ejercer su influencia en el ámbito canónico. Naturalmente, el ordenamiento canónico no va a modificar su consideración de la prole como uno de los fines esenciales del matrimonio³, pero sí le convendría tener presente que lo que se plasma en los ordenamientos estatales resulta ser el reflejo de la alteración de conductas en el campo matrimonial secularizado⁴.

1. Sobre el modo de hacer Derecho desde un «presupuesto ontológico creacional», cfr. J. FORNÉS, *Derecho y libertad en el pensamiento de Pedro Lombardía*, en «Ius Canonicum» 74 (1997) 489 y ss.

2. *Riforma del matrimonio civile*, pp. 21-23, cita tomada de R. NAVARRO-VALLS, *Matrimonio y Derecho*, Madrid 1995, p. 111.

3. Sobre el tema, cfr. J. HERVADA, *Los fines del matrimonio. Su relevancia en la estructura jurídica matrimonial*, Pamplona 1960.

4. R. NAVARRO-VALLS, *Matrimonio y Derecho...*, p. 111. Sobre el tema, puede verse también la interesante monografía de A. BETTETINI, *La secolarizzazione del matrimonio nell'esperienza giu-*

II. PANORAMA DE LA JURISPRUDENCIA DE ALGUNOS ESTADOS OCCIDENTALES EN MATERIA DE ESTERILIZACIONES

Hace ya varias décadas que la jurisprudencia norteamericana viene concediendo indemnización por daños a los progenitores esterilizados en caso de nacimiento de hijos con posterioridad a la esterilización⁵. En Europa los pronunciamientos de altos tribunales de los Estados sobre supuestos semejantes son más recientes⁶. La *Cour de Cassation* francesa ha declarado que, siendo la esterilización un contrato válido según el Derecho francés, los facultativos que han practicado una intervención de este tipo deben responder ante los progenitores esterilizados con una indemnización patrimonial, como en cualquier otro caso de incumplimiento de las obligaciones contractuales⁷. El Tribunal Supremo holandés, en una línea de argumentación basada igualmente en la validez del contrato de esterilización, ofrece una peculiaridad interesante: el personal médico responde del resarcimiento de daños y perjuicios a los progenitores esterilizados con una cantidad mensual por el sostenimiento y educación del niño, cuando éstos hayan acudido a la esterilización por motivos económicos⁸. Por su parte, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, confirmando la jurisprudencia mantenida por el Tribunal Superior Federal en materia civil, entiende que la obligación de resarcimiento de daños se extiende a un abanico más amplio de supuestos: tanto a los casos de esterilización —sea cual sea la causa que la motivó: económica o de cualquier otro tipo— como de fallo médico en el diagnóstico genético⁹.

La situación en los Tribunales españoles es distinta¹⁰. Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, aún considerando que el contrato de esterilización se aproxima más al arrendamiento de obra que al arrendamiento de servicios, no se considera nunca que el médico responda de modo objetivo por el resultado de la operación. Siempre que medie el consentimiento informado del cliente¹¹ y que el facultativo haya actuado siguiendo la *lex artis ad hoc*, no responde éste por los gas-

ridica contemporanea, Padova 1996 y J. GAUDEMET, *El matrimonio en occidente*, Madrid 1993, pp. 425 y ss.

5. R. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad (parte I)*, en «Revista de Derecho y Genoma humano» 4 (1996) 105 y ss.

6. Un estudio de la jurisprudencia holandesa y alemana, puede verse en M.J. ROCA, *¿Resarcimiento de daños por el hijo nacido tras una esterilización?*, en «Il Diritto ecclesiastico» (1998) 703 y ss.

7. Decisión de 26.3.1996 en «Recueil Dalloz, Jurisprudence» (1997) 35 y ss.

8. Un resumen de esta sentencia en versión alemana, puede verse en «Juristenzeitung» (1997) 893-894.

9. Sentencia de 15 de XII de 1997, de referencia BVerfG, 1. Senat, BvR 479-92 307-94; puede consultarse un resumen de ella en la siguiente dirección: <http://www.jura.uni-sb.de>.

10. Un estudio comparado de la jurisprudencia española respecto de la de otros Estados europeos, puede verse en M.J. ROCA, *¿Resarcimiento de daños...*, pp. 700 y ss.

11. Sobre el consentimiento en la esterilización cfr.: J.A. SEOANE RODRÍGUEZ, *La esterilización: Derecho español y Derecho comparado*, Madrid, 1998, pp. 67 y ss.

tos que el eventual nacimiento posterior a la esterilización produzca a los progenitores. Siendo ésta la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo¹², no faltan pronunciamientos aislados de tribunales inferiores, como la Audiencia de Valladolid¹³, que aducen la obligación de alimentos que todo hijo supone para sus padres como causa del resarcimiento de daños al que resulta obligado el médico. Y otros, como la Audiencia provincial de Baleares o el Tribunal Superior de Cataluña, que estiman que considerar el nacimiento de un niño como causa de un daño o perjuicio atentaría contra su dignidad humana¹⁴. Con posterioridad a estas decisiones, el Tribunal Supremo, en una importante sentencia sobre responsabilidad médica en las intervenciones de esterilización, de de 5 de junio de de 1998, ha declarado que el daño moral nunca lo produce el nacimiento del hijo, que es un «bien precioso en cualquier sociedad civilizada»¹⁵.

Las tendencias actuales de los tribunales estatales, en línea de principio, en nada interfieren en la jurisprudencia canónica, teniendo la Iglesia católica una jurisdicción propia e independiente del poder civil (c. 1059)¹⁶. Ahora bien, como ha sido puesto de manifiesto, cuanto más estridentes sean las pretensiones de un litigante o el conjunto de la situación contenciosa, mayor ocasión tiene una sentencia de ser sociológicamente instructiva¹⁷. Los contrayentes que acuden a celebrar el matrimonio canónico forman parte de esa sociedad civil en la que los padres interponen demandas de resarcimiento de daños con motivo del nacimiento de sus

12. Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1994. Sobre la jurisprudencia posterior, puede verse mi trabajo citado en la nota 6.

13. Audiencia provincial de Valladolid, sentencia de 12-2-1994, fundamento jurídico quinto: La indemnización se fundamenta en la carga alimenticia que regula el art. 142 del Código civil. Es evidente la existencia de un perjuicio, porque se trata del incumplimiento de una obligación y ello determina por sí mismo la obligación reparadora. El argumento de que el nacimiento de un niño no puede considerarse un daño, se considera insostenible, pero sin ofrecer argumentación al respecto.

14. Sentencia de 16-6-1994, de la Audiencia provincial de Baleares, fundamento jurídico sexto: «no puede concebirse que el nacimiento de un hijo produzca un daño a sus padres». Sentencia de 9-11-1993, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo social): «y dado que para la exigibilidad de responsabilidad de daños y perjuicios es básico el acreditamiento de que éstos se han producido, deviene inatendible la demanda de la actora pues, entendiendo por daño, el detrimento, perjuicio, dolor o menoscabo, material y moral, no se da en el presente caso, en que se invoca como tal el nacimiento del hijo de la actora (...), pues nunca el nacimiento de un hijo ha de considerarse un mal en sí mismo y por sí sólo, correspondiendo a los padres la obligación legal de darle alimentos, educación y darle una formación integral (...). En consecuencia habida cuenta de la falta de acreditación de la existencia de daños y perjuicios, al no poderse calificar como tal el nacimiento de un hijo sano».

15. Fundamento jurídico 3º, la sentencia puede verse en «Actualidad Civil» 36 (1998) 2488 y ss.

16. Cfr.: M. LÓPEZ ALARCÓN-R. NAVARRO-VALLS, *Curso de Derecho matrimonial canónico y concordado*, 5.ª ed., Madrid 1984, pp. 82 ss.; J.I. BAÑARES, C. 1059, en A. Marzoa-J. Miras-R. Rodríguez-Ocaña (coords.), *Comentario exegetico al Código de Derecho canónico*, III, Pamplona 1995 (en adelante, esta obra será citada como *Comentario exegetico*), pp. 1072 y ss.

17. R. NAVARRO-VALLS, *Matrimonio y Derecho...*, p. 118 en nota, citando a Carbonnier.

hijos y los jueces estiman que se debe a los padres una indemnización por daños morales. De ahí que resulte conveniente reflexionar sobre la problemática que estas nuevas tendencias de la jurisprudencia civil plantean a un juez eclesiástico.

III. VALORES SUBYACENTES EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS QUE CONCEDEN ESA ACCIÓN DE RESARCIMIENTO DE DAÑOS POR EL NACIMIENTO DE UN HIJO

El contraste entre los valores protegidos por los ordenamientos estatales en los casos mencionados y los que garantiza el ordenamiento canónico es llamativo. En los ordenamientos estatales prima ante todo la individualidad de los progenitores, entendida en el sentido ilustrado de libertad de autonomía¹⁸. Esta exaltación de los valores individuales conlleva el que cualquier otro interés, aparezca subordinado a los intereses individuales de los cónyuges¹⁹.

Según la concepción filosófica en la que se basa el Derecho canónico, el Derecho en general forma parte de la objetividad. En cambio, el trasunto filosófico de estas sentencias es que el Derecho se adscribe al mundo de la subjetividad, libre de todo límite externo y, en particular, de todo límite que no sea puesto por el propio hombre. La realidad humana, incluida la realidad jurídica, resulta ser, en efecto, construcción del espíritu humano y desenvolvimiento de la conciencia del hombre²⁰. Para designar este fenómeno de desconexión del matrimonio respecto del mundo de los valores objetivos, se habla de secularización material o sustancial²¹. Una manifestación típica de esta secularización sustancial es la escisión entre sexualidad, procreación y matrimonio: la ruptura entre matrimonio y generación²².

La jurisprudencia civil a la que hacemos mención se presenta como un exponente claro de esta escisión. Es decir, la indemnización a un progenitor por haber

18. S. GOYARD-FABRE, *La Philosophie des Lumières en France*, Paris 1972, pp. 209 y ss. Sobre la concepción ilustrada del Derecho, cfr. E. CASSIRER, *Filosofía de la Ilustración*, Madrid 1995, pp. 261 y ss.

19. G. LO CASTRO, *Il matrimonio nell'esperienza giuridica. Analisi del linguaggio e istanze etiche*, en «Quaderni di Diritto e Politica ecclesiastica» 2 (1996) 384. Curiosamente, sin embargo, la exaltación de los valores individuales ha supuesto el protagonismo de la ley positiva en detrimento del protagonismo de la persona en la institución matrimonial, cfr. A. BETTETINI, *La secolarizzazione del matrimonio...*, pp. 235 y ss.

20. G. LO CASTRO, *Il mistero del Diritto. I. Del Diritto e della sua conoscenza*, Torino 1997, pp. 175 y ss.

21. R. NAVARRO-VALLS, *Matrimonio y Derecho...*, p. 111. En mi opinión, el término secularización debería reservarse exclusivamente para referirse a la desconexión respecto de los valores religiosos, pero no respecto de los valores objetivos en general. No obstante, se comprende este uso extensivo del término secularización, porque el fenómeno de separación del Derecho de la Ética material sostenida por Kant, ha supuesto en definitiva su apartamiento de instancias axiológicas externas (religiosas o no).

22. G. LO CASTRO, *Il matrimonio nell'esperienza giuridica...*, p. 385. Sobre el tema, cfr. R. NAVARRO-VALLS, *Matrimonio y Derecho*, Madrid 1995, pp. 113 y ss.

tenido un hijo no deseado, se presenta como una última consecuencia de esa separación y como una de las manifestaciones de la llamada tendencia «puerocéntrica» que adopta el Derecho de familia secularizado, en el que los hijos han llegado a constituirse en el punto central de la normativa matrimonial, mientras que la familia como fuente de normas para los hijos ha sido sustituida por el Estado²³.

Si bien es cierto que la jurisprudencia civil, al imponer la obligación de resarcimiento de daños por el hijo nacido tras una esterilización, no niega por ello necesariamente el carácter esencial de la sexualidad en el matrimonio —negación ésta que incide en la idea misma de matrimonio²⁴— produce, no obstante, el mismo efecto: la ruptura del ligamen entre procreación y matrimonio. Igualmente, conviene anotar que la jurisprudencia, al reconocer a los padres esterilizados el derecho a resarcimiento de daños, se ocupa de reiterar que lo que se considera un daño es el gasto económico que el hijo conlleva y no la propia vida del niño, y que ésta nunca puede ser considerada como daño moral²⁵. De algún modo, parece que incluso en ese ámbito de primacía de los valores individuales, quiere abrirse paso el valor de la vida como límite objetivo a los intereses subjetivos de los padres. A mi juicio, no obstante, la afirmación por parte de la jurisprudencia de que la vida no puede considerarse un daño moral, a la vez que se admite la validez del contrato de esterilización y se despenaliza el aborto, no es suficiente como para estimar que se trata de un ordenamiento en el que prima la concepción ontológica sobre la subjetiva.

IV. VALORES SUBYACENTES EN LA CONSIDERACIÓN JURÍDICA DEL «BONUM PROLIS»

El CIC vigente, como es sabido, está inspirado, es congruente y tiene la misma intención que el Concilio Vaticano II²⁶. De ahí que, en lo que se refiere a los valores subyacentes a la regulación concreta del matrimonio, haya que hacer referencia a la doctrina sobre la ordenación de la familia a la prole, que se recoge en la Constitución *Gaudium et Spes*²⁷.

En coherencia con esta doctrina, la concepción canónica del matrimonio requiere la apertura a la vida, al definirse la generación y educación de la prole como uno de los fines esenciales del matrimonio (c. 1005, 1)²⁸. Tanto de la conexión *ob-*

23. G. LO CASTRO, *Il matrimonio nell'esperienza giuridica...*, p. 384.

24. G. LO CASTRO, *Il matrimonio nell'esperienza giuridica...*, p. 391. Cfr. también: J. HERVADA, *Consideraciones sobre la noción de matrimonio*, en IDEM, *Escritos de Derecho Natural*, Pamplona, 1993, pp. 491 y ss. Sobre la esencia del matrimonio, puede verse E. MOLANO, *Contribución al estudio sobre la esencia del matrimonio*, Pamplona 1977.

25. Cfr. nota 15.

26. Cfr.: Const. Apst. *Sacrae Disciplinae leges*, de 25-1-1983.

27. En continuidad con esa doctrina, destaca en el Magisterio ordinario posterior la Exhortación apostólica *Familiaris consortio*, sobre el tema cfr., por ejemplo: A. MATTHEUWS, *Union et procréations. Développement de la doctrine des fins du mariage*, Paris 1989, pp. 173 y ss.

28. Cfr.: J.I. BAÑARES, C. 1055, en *Comentario exegetico*, III, pp. 1038 y ss., especialmente, pp. 1043-1044.

jetiva entre los dos significados (unitivo y procreador) del acto conyugal²⁹, como de la consideración de la prole como uno de los fines esenciales del matrimonio, se deriva el que sin una apertura a la vida no exista una verdadera relación conyugal capaz de significar y expresar la auto-donación conyugal. Y en términos estrictamente jurídicos, que sin la apertura a la vida, el matrimonio mismo resulta privado del bien de la prole y, en consecuencia, el consentimiento es nulo³⁰.

Entre los valores sobre los que se fundamenta el ordenamiento canónico se encuentra, como en los ordenamientos civiles, la dignidad humana; pero una dignidad que no está a la plena disposición del propio sujeto que la posee³¹. De modo que la esterilización directa es una ofensa grave a la dignidad de la persona humana³². Esto es, el consentimiento del sujeto esterilizado no modifica la consideración de ofensa a la dignidad humana que la esterilización directa conlleva.

Así pues, en el ámbito de la temática que ahora nos ocupa, los valores que tratan de proteger los preceptos del *Codex* son la dignidad de la persona, entendida sobre la base de una concepción antropológico-metafísica y el matrimonio como una institución al servicio de la vida. El contraste con la concepción ética anterior parece lo suficientemente claro como para que no resulte necesario abundar en ello. Ahora bien, puesto que —como ya se ha dicho— el ordenamiento canónico y los ordenamientos civiles convergen en sus destinatarios, la jurisprudencia canónica deberá tener presentes los valores sociales imperantes en aquella sociedad en la que el Derecho se aplica. No se tratará, ciertamente, de modificar la relación existente entre matrimonio y procreación³³, sino tal vez de aplicar con más cautela determinadas presunciones (p. ej.: c. 1096, 2 y c. 1101,1)³⁴. En el

29. M. RHONHEIMER, *Contraccezione, mentalità contraccettiva e cultura dell'aborto: valutazioni e connessioni*, en E. Sgreccia-R. Lucas Lucas (coords.), *Commento interdisciplinare alla «Evangelium Vitae»*, Città del Vaticano 1997, p. 442 y 450-451.

30. C. BURKE, *L'oggetto del consenso matrimoniale. Un'analisi personalistica*, Torino 1997, pp. 30-31.

31. Recientemente, el Romano Pontífice en la Enc. *Veritatis Splendor*, nn. 31 y ss., ha vuelto a recordar la doctrina de la Iglesia católica sobre la libertad del hombre, expresión clara de su dignidad, que se opone tanto a una exaltación que llegue a considerarla como un absoluto (y, por tanto, como fuente de los valores) como a las corrientes que ponen radicalmente en duda esa libertad. Juan Pablo II subraya la dependencia de la libertad con respecto a la verdad (n. 34).

32. Cfr. Enc. *Evangelium Vitae*, n. 16 y 43. JUAN PABLO II, *Discurso al Congreso italiano de ginecología y obstetricia, de 5.XII.1992*, en «L'Osservatore Romano» 51 (18.XII.1992) 7 (ed. castellana).

33. P. HAYOIT, *Réflexions sur le thème «mariage et procréation»*, en «Studia canonica» 31 (1997) 193 y ss. propone que se revise la relación entre matrimonio y procreación en el seno de la doctrina de la Iglesia católica.

34. J.T. MARTÍN DE AGAR, *El error sobre las propiedades esenciales del matrimonio*, en «Ius Canonicum» 69 (1995) 135-136, anota, siguiendo a Stankievicz, que la presunción de que los contrayentes tenían intención de hacer lo que hace la Iglesia, tenía razón de ser en una sociedad de arraigadas y vivas costumbres cristianas, en la que el modelo cultural de matrimonio se ajustaba en lo esencial al modelo natural. El autor apunta esa idea a propósito de la mentalidad divorcista, pero cabe aplicarla también respecto al bien de la prole. Cfr. También: R. COLANTONIO, *Valore della presunzione del can. 1101 § 1 del CIC*, en VV.AA., *La simulazione del consenso matrimoniale canonico*, Città del Vaticano 1990, pp. 13 y ss.

apartado siguiente abordamos los capítulos de nulidad sobre los que ejercen influencia la esterilización directa y el eventual resarcimiento de daños por el hijo posterior. Por el enfoque y los límites de este trabajo, no se abordará ningún capítulo de modo exhaustivo. Se pretende ofrecer una visión global.

V. RETOS DE LA JURISPRUDENCIA CANÓNICA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA UNIDAD DE LA PERSONA (CIUDADANO Y FIEL)

1. Respecto al impedimento de impotencia y a la inconsumación

Puesto que en el c. 1084, 3 del CIC se establece que la esterilidad ni impide ni dirime el matrimonio, sin hacerse distinción alguna entre las posibles causas de esterilidad (según que ésta sea voluntaria o involuntaria), las esterilizaciones practicadas con el propósito de evitar la prole, no presentan peculiaridad alguna dentro de los supuestos a los que se aplica el mencionado c. 1084, con los matices que veremos después. Ciertamente, en épocas pasadas ha habido dudas acerca de si habían de considerarse supuestos de impotencia los casos en los que se daba la seguridad *a priori* de que del acto conyugal no podía seguirse la generación³⁵.

Las dudas que se planteaban en torno a la llamada cuestión del *verum semen* —que sí afectarían a los supuestos de esterilización voluntaria del varón—, quedaron resueltas a partir del Decreto de 13 de mayo de 1977³⁶. De modo que hoy está claro que la vasectomía, de por sí, no conlleva la impotencia sino sólo la esterilidad³⁷.

En el extremo opuesto a quienes consideraban que en ausencia de *verum semen* ya no se trataba de un supuesto de esterilidad sino de impotencia, habría que situar a quienes han sostenido que la impotencia no es una inhabilidad matrimonial, y que, por tanto, debe ser suprimida de los impedimentos matrimoniales. Su relevancia jurídica no se encuadra tampoco como una forma de las incapacidades consensuales, sino exclusivamente como vicio del consentimiento dentro de las fi-

35. L. DE LUCA, «Sterilitas» ed «exclusio boni prolis» (1965) ahora en IDEM, *Scritti vari di Diritto ecclesiastico e canonico*, vol. II, Padova 1997, p. 390, hacía notar que aunque la esterilidad no impide el matrimonio, el matrimonio entre estériles es claramente una sociedad entre varón y mujer que no está ordenada a la prole.

36. «Sacra Congregatio pro Doctrina Fidei semper retinuit a matrimonio non esse impediendos eos qui vasectomiam passi sunt alios in similibus conditionibus versantes eo quod non certo constaret de eorum impotentia». F. FINOCCHIARO, *Il matrimonio nel diritto canonico. Profili sostanziali e processuali*, pp.38-40. Ver también: F. LÓPEZ ZARZUELO, *El proceso canónico de matrimonio rato y no consumado*, Valladolid 1991, pp. 94-95, M.F. POMPEDDA, *Studi di Diritto Matrimoniale Canonico*, Milano 1993, pp. 369-370 y G. ORLANDI, *Recenti innovazioni nella procedura super matrimonio rato et non consummato*, en VV.AA., *Il Processo matrimoniale canonico*, Città del Vaticano 1988, pp. 469-470.

37. J.I. BAÑARES, *C. 1084*, en *Comentario exegetico*, III, p. 1167.

guras del error en cualidad y del error doloso³⁸. Resulta claro que este apartamiento de la impotencia de los impedimentos por incapacidad física, se opone al tenor literal del *Codex*, primer criterio en la interpretación de la ley. Pero por lo que aquí nos ocupa, interesa destacar que el pretendido «traslado» del supuesto de impotencia del capítulo de los impedimentos al capítulo de los vicios del consentimiento, la sitúa dentro del «ámbito de disponibilidad» del sujeto. Esto es, pasaría a ser relevante sólo si el sujeto la ocultó dolosamente o tal capacidad fue pretendida directa y principalmente. Con lo cual, la cualidad de la impotencia dejaría de tener el carácter de elemento objetivo para que pueda constituirse un matrimonio válido y tendría sólo relevancia jurídica, si se ve afectada por un estado subjetivo de los contrayentes (error o dolo). Este planteamiento obedece quizá a una influencia, como por ósmosis, de esas concepciones propias del individualismo a las que hemos hecho referencia en otro apartado (III.). La irrelevancia de la esterilización voluntaria dentro del supuesto de impotencia, no requiere una interpretación subjetivista que se aparte del tenor del precepto jurídico.

A idéntico resultado negativo conduce una pretendida relevancia de la esterilidad para la posible disolución del matrimonio por inconsumación³⁹. Aunque entre los conceptos de inconsumación e impotencia exista un nexo inescindible, puesto que tanto en la consumación (c. 1061, 1) como en la impotencia (c. 1084, 1) el parámetro de valoración, único y necesario, es el acto conyugal⁴⁰, ello no afecta a la esterilidad.

En suma, cuando uno de los contrayentes está esterilizado, sea antes o después del matrimonio, no está obligado a poner más que los medios médicos que no pongan en peligro su vida, para procurar la generación⁴¹, siempre ateniéndose a las condiciones descritas en la *Donum vitae*, y su matrimonio no puede ser declarado nulo por el capítulo de nulidad que se contempla en este apartado (V.1.).

38. N. LÜDECKE, *Eheschließung als Bund: Genese und Exegese der Ehelehre der Konzilkonstitution «Gaudium et spes» in kanonistischer Auswertung*, Würzburg 1989, p. 962. La argumentación completa, a partir de la p. 948. En cambio, dentro también de la doctrina en lengua alemana, K. LÜDICKE, *Los impedimentos*, Ponencia presentada al X Congreso internacional de Derecho canónico sobre *El matrimonio y su expresión canónica ante el III milenio*, Pamplona, 14-19. IX. 1998, pp. 22-23, entiende que la impotencia sigue siendo un caso de incapacidad para el matrimonio.

39. Sobre la antigua confusión entre inconsumación y esterilidad, cfr. G. ORLANDI, *I «casi difficili» nel processo super rato*, Padova 1984, pp. 19 y ss. Se refiere también a la irrelevancia de la esterilidad tanto en el ámbito del impedimento de impotencia como en el ámbito de la inconsumación, U. NAVARRETE, *Novae Methodi technicae procreationis humanae et ius canonicum matrimoniale*, en «Periodica» 77 (1988) 89.

40. Cfr. M.F. POMPEDDA, *Studi di Diritto Matrimoniale Canonico*, Milano 1993, pp. 364-365, quien aunque sostiene que la cuestión de la impotencia y la inconsumación sean formalmente diversas, se distancia de la opinión de U. NAVARRETE, *De notione et effectibus consummationis matrimonii*, en «Periodica» 59 (1970) 620.

2. Respecto a la simulación

Si bien es cierto que en el caso de los esterilizados voluntariamente, su matrimonio no sería nulo aunque se dé la seguridad *a priori* que del acto conyugal no podrá seguirse la generación, puede plantearse, en cambio, la esterilización como una manifestación clara del acto positivo de exclusión de la prole, antes de la celebración del matrimonio, de modo que, en tal caso, estaríamos ante un supuesto de nulidad en virtud del c. 1101, 2.

Entre las razones que cabe aportar en favor de que se considere a la esterilización anterior al matrimonio como una prueba clara de que hubo exclusión de la prole, figuran las siguientes:

a) Cuando se prueba que el contrayente rechaza positivamente el Derecho de la naturaleza —manteniendo que en materia conyugal él mismo es la fuente del Derecho y que en consecuencia él usará de su propio juicio para decidir—, por esta misma intención, la esencia del matrimonio puede quedar dañada⁴². De ahí que la jurisprudencia⁴³ considere que aunque el varón hubiera conservado su esperma en un banco para el caso de que eventualmente deseara tener descendencia, ello no es suficiente para contrarrestar el acto positivo de exclusión que supone la esterilización voluntaria⁴⁴. Ciertamente, cabe preguntarse cómo es posible excluir la procreación, si —por ser estéril— no se tiene la posibilidad de procrear. Ahora bien, además de que un hombre estéril puede excluir el *bonum prolis* en la medida en que no tiene intención de procrear, incluso, aunque tuviera tal posibilidad⁴⁵, lo decisivo, a nuestro juicio, es que la intención de decidir rechazando el Derecho de la naturaleza —tanto si se frustra cualquier expectativa de prole⁴⁶, como si se reserva el derecho a recurrir a las técnicas de reproducción asistida— es incompatible con el concepto mismo del *bonum prolis*⁴⁷.

41. U. NAVARRETE, *Novae Methodi technicae...*, p. 88.

42. J. WERCKMEISTER, *Les nouvelles formes de fécondation artificielle dans une sentence récente de la Rote*, en «Revue de Droit Canonique» 45 (1995) 324, citando la sentencia, Bejan, de 24 de abril de 1968, en ARRT, vol. 61.

43. Sentencia coram De Lanversin, de 25. 6.1994, puede verse completa en «Monitor Ecclesiasticus» 120 (1995) 321 y ss.

44. J. WERCKMEISTER, *Les nouvelles formes de fécondation...*, p. 329.

45. J. WERCKMEISTER, *Les nouvelles formes de fécondation...*, p. 329. La esterilidad de un sujeto, aunque haya sido voluntariamente provocada, no debe considerarse como causa necesaria de la declaración de nulidad por exclusión de la prole, habrá de indagarse en cada caso, si el sujeto esterilizado tiene una clara aversión a la prole (F. SAUCHELLI, *La Rota Romana e la procreazione artificiale*, en «Il Diritto ecclesiastico» [1997-II] 578) respecto del matrimonio concreto que contrae.

46. L. DE LUCA, «Sterilitas» ed «exclusio boni prolis» (1965) ahora en IDEM, *Scritti vari di Diritto ecclesiastico e canonico*, vol. II, Padova 1997, p. 389, señala que la exclusión de la prole tiene lugar también cuando se frustra cualquier expectativa de prole de modo intencionado. Ello porque se frustra no sólo la legítima expectativa del otro cónyuge sino también por la misma ordenación a la prole del instituto matrimonial.

47. F. SAUCHELLI, *La Rota Romana e la procreazione...*, p. 578. En opinión de H. FRANCESCHI, *Il contenuto del «bonum prolis» e del «bonum fidei» alla luce del fenomeno della procreazione artificia-*

b) Si el propósito de recurrir al divorcio funda, según algunos, presunción *contra vinculum*⁴⁸, por analogía, se puede decir que quien se sometió a una esterilización, no tiene *intentio proli*. Sin embargo, en estas sentencias que tratan de definir el *bonum proli*⁴⁹, haciendo hincapié en la apertura a la procreación y en la aceptación de la prole *in suis principiis*, siempre se aclara que la esterilidad, ni prohíbe, ni dirime el matrimonio⁵⁰. Incluso en el supuesto de que la esterilidad haya sido voluntaria y haya tenido como único fin evitar la descendencia, no siempre quien contrae matrimonio canónico después de una esterilización contrae matrimonio nulo. Aunque la esterilización se practique con el fin de excluir la prole, ese acto de voluntad excluyente ha de proyectarse sobre el matrimonio concreto que se contrae. Además, como tampoco es posible en todos los supuestos efectuar una operación de recanalización o repermeabilización, estas personas, pueden contraer matrimonio canónico válido, puesto que el *ius connubi* es «una situación jurídica inherente a la persona», en palabras de Hervada⁵¹.

c) Puesto que la causa de la nulidad del matrimonio no es la esterilización —sino el vicio del consentimiento: la exclusión del *bonum proli*—, cabría que se diera acto positivo de exclusión antes de la celebración del matrimonio —y que, por tanto, éste adolezca de la sanción de nulidad— aunque la esterilización se practicara transcurridos algunos años de matrimonio. Ciertamente, la limitación de la prole no debe confundirse con la limitación del consentimiento⁵², pero hay limitación del consentimiento, si los contrayentes se reservan el derecho a determinar la prole o si se da una limitación absoluta⁵³ antes de la celebración del matrimonio, aunque la ejecución de esa intención se lleve a cabo transcurridos unos años de matrimonio.

Si los contrayentes no pueden reservarse el derecho de cuándo nacerá prole, no se ve claro cómo pueden entonces determinar, sin que eso anule el consen-

le, en «Ius Ecclesiae» 10 (1998) 247, atentan contra la justicia aquellas reservas del cónyuge que comporten la falta de una verdadera aceptación y donación del bien de la prole.

48. No obstante, si quien acusa la nulidad es el mismo que simuló, la prueba ha de ser de lo más irrefutable, cfr.: Sentencia de 27.V.1994, c. STANKIEWICZ, cfr. A. STANKIEWICZ, *De iurisprudencia rotali recentiore circa simulationem totalem et partialem*, en «Monitor Ecclesiasticus» 122 (1997) 47-71.

49. El *bonum proli* hace referencia ante todo a la aceptación de la dimensión procreativa del acto conyugal, cfr.: Sentencia de 22 de febrero de 1996, c. STANKIEWICZ, nn. 6-7, en «Ius Ecclesiae» 10 (1998) 214-215, cfr. H. FRANCESCHI, *Il contenuto del «bonum proli» e del «bonum fidei» alla luce del fenomeno della procreazione artificiale*, en «Ius Ecclesiae» 10 (1998) 247.

50. Sentencia de 22 de febrero de 1996, c. STANKIEWICZ, n. 13, en «Ius Ecclesiae» 10 (1998) 219.

51. J. HERVADA-P. LOMBARDÍA, *El Derecho del Pueblo de Dios, III. Derecho matrimonial (1)*, Pamplona 1973, pp. 315-316. Cfr. también J.I. BAÑARES, *C. 1058, Comentarios exegeticos*, III, pp. 1063 y ss.

52. R.M. SABLE, *Tradere et accipere: Quaedam problemata de mutuo consensu circa ius ad prolem in casibus matrimonialibus*, en «Periodica» 84 (1995) 768-769.

53. R.M. SABLE, *Tradere et accipere...*, p. 769, anota que la limitación del consentimiento se da si la reserva es unilateral. En mi opinión, de igual modo si la realizan ambos cónyuges.

miento, a partir de cuando no nacerá prole. Es decir, en mi opinión, si la esterilización de uno de los cónyuges se da con posterioridad al matrimonio, pero ya tenía la intención de esterilizarse en el momento de contraer a partir de un determinado número de hijos o a partir de un determinado año, entonces el matrimonio debe ser nulo⁵⁴.

Si cuanto hemos dicho hasta ahora en este apartado (V.2.) es aplicable a cualquier supuesto de esterilización voluntaria, ¿cómo habrá de valorarse el recurso en petición de resarcimiento de daños de aquellos progenitores que estén esterilizados? Es decir, en el caso improbable de que la esterilización resulte fallida, haya prole, y los progenitores conozcan que pueden obtener una compensación económica por el nacimiento de su hijo, ¿contribuye la demanda de resarcimiento a reforzar la prueba de mentalidad hostil a la procreación?; ¿refuerza esa demanda la idea de que los progenitores se mantienen en el rechazo de la prole?

En mi opinión, en el caso improbable de que se siga la generación por tratarse de una esterilización fallida o defectuosa, no debieran pedir los padres la indemnización, puesto que eso contribuiría a poner de manifiesto que consideran responsable del nacimiento del hijo que ellos no querían a un tercero (el médico que practicó la esterilización). Pero esta consideración no se hace en el plano jurídico, puesto que ni siquiera en el supuesto de que unos padres reclamasen una indemnización económica por ese hijo debería concluirse de modo automático que excluyen la prole: en realidad lo que hacen es acogerse —en condiciones de igualdad con sus demás conciudadanos— a una ventaja económica. Ahora bien, la renuncia a la indemnización, se presenta como la más aconsejable en el plano de una conducta cristiana, sobre todo en sociedades donde la referencia al matrimonio natural esté todavía ampliamente extendida. Además, en el ámbito jurídico, dicha renuncia contribuiría a probar que no hubo acto positivo de exclusión. En suma, la actual posibilidad de obtener resarcimiento de daños a consecuencia de esterilizaciones fallidas, coloca al juez canónico en la necesidad de ponderar también este dato en el conjunto de las pruebas que se aporten a favor y en contra del acto positivo de voluntad.

3. Respecto a la ignorancia sustancial y al error que determina la voluntad

Como es sabido, la relevancia que la ordenación a la prole alcanza en el matrimonio canónico no reduce su radio de acción a la capacidad para contraer (impedimento de impotencia), sino que alcanza también al ámbito del consentimiento

54. Apuntan también en este sentido J.J. GARCÍA FAILDE, *La nulidad matrimonial, hoy, Doctrina y jurisprudencia*, Barcelona, 1994, p. 144 y A.M. VEGA GUTIÉRREZ, *La exclusión de elementos esenciales y propiedades del matrimonio. La problemática de la simulación parcial*, Ponencia presentada al X Congreso internacional, de Derecho canónico sobre *El matrimonio y su expresión canónica ante el III milenio*, Pamplona, 14-19.IX.1998, pp. 34 y ss.

to. Este, a su vez, no responde exclusivamente al acto de la potencia volitiva del hombre; por el contrario, alcanza también a la potencia intelectual⁵⁵: *Nihil volitum quin precognitum*.

En el apartado anterior (V.2.) nos hemos planteado el valor probatorio que la esterilización y el eventual resarcimiento de daños ulterior pueden tener para demostrar la existencia o no del acto positivo de exclusión. Ahora nos planteamos si, en aquellos ámbitos culturales en los que la jurisprudencia civil reconoce al progenitor esterilizado el derecho a indemnización por daños en caso de nacimiento de un hijo, ¿cabe afirmar sin más que, si esa persona está bautizada, cuando contrae matrimonio canónico quiere «hacer lo que hace la Iglesia» (una unión abierta a la procreación)?

El orden de valores que refleja la jurisprudencia secular sobre esterilizaciones, está en abierta contradicción con valores matrimoniales del ordenamiento canónico⁵⁶, principalmente con la *ordinatio ad prolem*. Puesto que la *ordinatio ad finem* no es un elemento autónomo ni distinto de la esencia, sino una estructura ordenadora de ella⁵⁷, no se puede querer un matrimonio verdadero, rechazando al mismo tiempo alguno de sus fines esenciales. Ahora bien, ese rechazo, si no es simulación⁵⁸, ¿es un supuesto de ignorancia sustancial o de error que determina la voluntad?, ¿ha de ser consciente o basta que sea de modo inconsciente?

Respecto a la primera cuestión, por una parte, en la jurisprudencia anterior a la promulgación del código vigente, se afirmaba la absoluta irrelevancia del error

55. J.I. BAÑARES, *Error «causam dans» y error en cualidad directa y principalmente intentada*, en «Ius Canonicum» 69 (1995) 110-112, aporta una sugerente reflexión sobre la intervención del intelecto y la voluntad en el consentimiento matrimonial. Cfr. también: IDEM, *La relación intelecto-voluntad en el consentimiento matrimonial. Notas sobre los cánones 1096-1102*, en «Ius Canonicum» 66 (1993) 553 y ss.

56. J. FERRER, *La simulación en el Derecho matrimonial español. Estudio comparado con el Derecho canónico*, en «Ius Canonicum» 66 (1993) 685-686, recoge la doctrina civil (Alvarez Caperochipi, Gordillo Cañas, etc.) en la que se niega la virtualidad de la simulación parcial en orden a la nulidad del matrimonio, porque éste no se presenta en nuestro ordenamiento civil como una institución con fines y propiedades esenciales propias. Ferrer es más moderado en su exposición, anotando que del hecho de que se haya suprimido el impedimento de impotencia no se puede concluir que el matrimonio ya no tenga en el ordenamiento civil la ordenación al fin de la prole.

57. J. HERVADA, *La «ordinatio ad fines» en el matrimonio canónico*, en «Revista Española de Derecho Canónico» 17 (1963) 478 ss.

58. En opinión de una parte de la doctrina, si este error produce la nulidad, será una simulación, cfr.: A. BERNÁRDEZ CANTÓN, *Compendio de Derecho matrimonial canónico*, 7.ª ed., Madrid 1991, p. 142, J. FORNÉS, *Derecho matrimonial canónico*, Madrid, 1992, pp. 116-117 y J.M. GONZÁLEZ DEL VALLE, *Derecho canónico matrimonial*, 3.ª ed., Pamplona 1986, p. 58. Esta parece ser también la opinión de J.T. MARTÍN DE AGAR, *El error sobre las propiedades esenciales...*, p. 129, «en estos casos la diferencia entre error y simulación se hace verdaderamente tenue». J. FORNÉS, *Simulación y condición*, en «Ius Canonicum» 65 (1993) 308, reconduce a la simulación no sólo los casos de error de Derecho cuando éste determina la voluntad, sino también algunos supuestos de condición, anotando que un consentimiento condicionado cuyo objeto sea un planteamiento o una obligación contrarios a un elemento esencial, supone en la práctica a una simulación parcial. Del mismo autor sobre este tema, cfr.: *El consentimiento matrimonial y la condición «si proles nasceretur» (consideraciones en torno al error, condición y dolo)*, en «Ius Canonicum» 34 (1977) 255 y ss.

acerca de la ordenación a la prole⁵⁹. Ahora bien tanto antes como después de la promulgación del código actual⁶⁰, esa irrelevancia es sólo respecto al capítulo de nulidad del error de Derecho y lo que hace en realidad es reconducir esos supuestos al capítulo de ignorancia. Así, el error determinante acerca de la ordenación a la prole puede considerarse ya incluido en la prescripción del c. 1096, 1 sobre el conocimiento necesario para contraer⁶¹. En el mismo sentido, afirma Viladrich⁶² que el supuesto de que un sujeto carezca del conocimiento mínimo o padezca un conocimiento erróneo acerca de la apertura a la vida de la unión matrimonial no entra dentro del radio de acción del c. 1099, sino del c. 1096. En su opinión, ésto supone una diferencia importante, puesto que mientras que en los supuestos del c. 1096 establece un principio de invalidez para los supuestos de hecho que describe, en el c. 1099, cabe —es más, esa será la regla general— un error en el entendimiento teórico que no haya viciado la voluntad.

En nuestra opinión, aunque la consideración del supuesto de hecho dentro de un capítulo u otro no deje de ser relevante, puesto que en el canon relativo a la ignorancia hay una presunción *iuris tantum* que no aparece en el capítulo del error de Derecho, en último término el c. 1099 está formulado en términos de «regla general / excepción» que *de facto* y por la influencia del *favor matrimonii*⁶³, vienen a producir el mismo efecto que la presunción *iuris tantum* del c. 1096, 2. De ahí que la cuestión más importante resulte ser no tanto de si se trata de un supuesto de error o de ignorancia, cuanto si el error puede ser también inconsciente⁶⁴. Según Majer, no se puede querer un matrimonio verdadero, rechazando al mismo tiempo de modo consciente o inconsciente alguno de sus fines esenciales⁶⁵. Es de-

59. «Equidem c. 1084 non commemorat nisi errorem circa matrimonii proprietates, seu circa bonum sacramenti, omitens errorem circa bonum prolis. Inde tamen deduci nequit quem libet errorem circa hoc bonum dirimere matrimonium» (c. WYNEN, 16.X.1945, SRRD 37, 5 (1945) 556). Entre la doctrina que trató esa cuestión según la normativa del código anterior, cfr.: L. DE LUCA, «Sterilitas» ed «exclusio boni prolis»., p. 387. Recientemente, vid. E. TEJERO, *La ignorancia y el error sobre la identidad del matrimonio*, en «Ius Canonicum» 69 (1995) 41-42.

60. Sobre el error de Derecho en la jurisprudencia relativa al código vigente, cfr.: Z. GROCHOLEWSKI, *De errore circa matrimonii unitatem, indissolubilitatem et sacramentale dignitatem*, en «Periodica» 84 (1995) 395 ss.

61. P. MAJER, *El error que determina la voluntad. Can. 1099 del CIC de 1983*, Pamplona 1997, p. 341; L. DE LUCA, *L'esclusione del «bonum coniugum»*, en AA.VV., *La simulazione del consenso matrimoniale canonico*, Città del Vaticano 1990, pp. 134 s. y J.J. GARCÍA FAILDE, *La nulidad matrimonial...*, p. 155. En cambio, J.I. BAÑARES, *Simulación y error-ignorancia*, en VV.AA., *Simulación matrimonial en el Derecho Canónico*, Pamplona 1994, p. 11, incluye dentro del error de Derecho el pensar que el matrimonio es compatible con la exclusión de la prole.

62. P.J. VILADRICH, *C. 1099*, en *Comentario exegetico*, III, pp. 1294-1295.

63. J.I. BAÑARES, *C. 1060*, en *Comentario exegetico*, III, p. 1087, sobre la presunción en favor de la validez del matrimonio y que en la resolución de la causa, la justicia ha estar *pro rei veritate*.

64. En opinión de J.T. MARTÍN DE AGAR, *El error sobre las propiedades esenciales...*, p. 128, centra la distinción relevante el error de ignorancia y el error de opinión, sosteniendo que el segundo es más fácil que determine la voluntad.

65. P. MAJER, *El error que determina la voluntad...*, p. 340.

cir, parece equiparar, en cuanto al efecto invalidante, el hecho de que la ignorancia o el error sean conscientes o inconscientes. Y continúa: «Planteando así las cosas, quizá no sería necesario ampliar el alcance del c. 1099 a los fines del matrimonio especificados en el c. 1055, 1. Siendo los fines ordenaciones de la esencia, el error "radical" acerca de ellos constituiría un error objetivamente sustancial y habría que acudir a la norma del c. 1096»⁶⁶. Así, la exclusión radical de toda ordenación a la prole constituye una simulación total⁶⁷. Se pone de manifiesto, de este modo, como el error de Derecho acerca de la ordenación a la prole, si determina la voluntad, acaba equiparándose más que a la ignorancia a la simulación, por lo que nos remitimos a lo que se expuso en el apartado anterior (V. 2.).

Queda por plantearse la posible incidencia que pueda tener el haber contraído matrimonio canónico en forma civil, lo que facilitaría que el contrayente diera por supuesto que la valoración que la prole tiene en el matrimonio canónico puede ser la misma que la que tiene en el ordenamiento civil, siendo quizá más fácil en estos casos que, a pesar de que se establezcan determinados requisitos para la concesión de la dispensa de forma canónica⁶⁸, se suscite un supuesto de error determinante. Ahora bien, también en estos casos, para indagar la validez o la invalidez real del matrimonio contraído, el punto central continuará siendo la naturaleza del consentimiento emitido⁶⁹.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

Esta jurisprudencia de algunos Estados en materia de esterilizaciones, que reconoce a los padres el derecho a resarcimiento de daños con motivo del nacimiento de un hijo, viene a ser una nueva llamada de atención sobre otras circunstancias a tener en cuenta para la valoración del *bonum prolis* en cada supuesto concreto. Es un reto para que la pastoral matrimonial atienda a resolver estos casos de mentalidad anticonceptiva⁷⁰, procurando que la prole sea entendida como un bien. No es extraño que estos nuevos problemas no puedan ser resueltos ni primaria ni principalmente por los tribunales. El Derecho matrimonial canónico vive de unas premisas que no son exclusivamente jurídicas. Son propias de un ámbito antropológico.

66. P. MAJER, *El error que determina la voluntad...*, p. 341.

67. P. MAJER, *El error que determina la voluntad...*, p. 341, nota 77, justamente, en la nota se viene a confirmar la opinión aquí sostenida: cuando el error es determinante, se convierte en simulación.

68. Cuando se dispense de la forma canónica y se contraiga en forma civil, el Decreto General de 26.XI.1983, dispone como requisito el que la forma civil no excluya los fines esenciales del matrimonio, cfr.: R. NAVARRO-VALLS, *C. 1129, Comentario exegético*, III, pp. 1513-1514.

69. R. NAVARRO-VALLS, *Ibidem*.

70. J. JUKES, *The contraceptive mentality: a new heading of nullity?*, en «Apollinaris» (1996) 228-229 advierte de esta necesidad con carácter general, sin hacer referencia expresa a las esterilizaciones.

gico y teológico. Corresponde al jurista, esto sí, arbitrar los elementos técnicos adecuados para la mejor garantía de tales premisas. Entre los medios de garantía propios del Derecho matrimonial canónico se encuentra todo un sistema de presunciones que habrá de ser interpretado, por una parte, atendiendo a las coordenadas propias de lugar y tiempo en que los preceptos se aplican y, por otra parte, habrá de aplicarse siempre con coherencia⁷¹, de modo que aquellos casos dudosos que, en virtud del carácter universal del *ius connubii*, son defendidos como *ius contrahendi* antes de celebrar el matrimonio, deberán defenderse en su proyección como *ius manendi vinculi*, que jurídicamente se traduce de modo habitual en el *favor matrimonii*.

71. J.I. BAÑARES, C. 1084, en *Comentario exegetico*, III, p. 1168, llama la atención sobre este punto.