

Publicado en: J. DE LA TORRE (Ed), 30 AÑOS DE VIH-SIDA. Balance y nuevas perspectivas de prevención, Ed. Comillas, Madrid 2013, pp.243-258.

CAPÍTULO XIII

SIDA Y MATRIMONIO. UNA APROXIMACIÓN DESDE EL DERECHO CANÓNICO

Carmen Peña García

Facultad de Derecho Canónico, Universidad Pontificia Comillas

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

A los 30 años de la aparición y extensión mundial de una pandemia como el SIDA, puede decirse que ésta no sólo supone un importante reto médico y socio-cultural de prevención y terapia, sino que plantea también ineludibles interrogantes éticos y jurídicos de todo orden. En este estudio, se abordará uno de esos interrogantes, desde una perspectiva muy definida: la jurídico-canónica. En concreto, se pretende estudiar la problemática que puede plantear el matrimonio contraído por personas enfermas de SIDA o portadores del virus HIV, teniendo en cuenta tanto que un número no desdeñable de estas personas —o de quienes con ellos han contraído o quieren contraer— son católicos.

El HIV-SIDA, por sus características clínicas, por su forma de transmisión, por el riesgo de contagio —tanto al otro cónyuge como al hijo que en su caso se conciba— y por la gravedad de sus consecuencias, plantea importantes interrogantes en el ámbito matrimonial, no sólo morales¹,

¹ En relación a las aproximaciones morales y pastorales a esta cuestión, existen numerosas declaraciones de los diferentes Episcopados, así como una abundante literatura teológico-moral sobre el SIDA. Entre otros, AA.VV., *El SIDA: un reto para todos, un problema para la familia*, Instituto Universitario Matrimonio y Familia de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid 1989; AA.VV., *Los Obispos hablan del SIDA*, PPC, Madrid 1987; ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE FARMACÉUTICOS CATÓLICOS, *El SIDA*.

sino también estrictamente canónicos, relativos a la validez del matrimonio contraído por estas personas, así como a la posibilidad/conveniencia de prohibirles, en su caso, el acceso al matrimonio canónico²: p.e., dado que el matrimonio tiende esencialmente al *bien de los cónyuges*, ¿puede hablarse de un derecho al matrimonio y/o de la correlativa capacidad para constituir la íntima comunidad de vida y amor conyugal cuando dicha elección puede comprometer de forma grave la salud —e incluso la vida— de la otra parte y/o de la prole que en su caso se genere?; ¿cómo conjugar la doctrina moral de la Iglesia sobre paternidad responsable con la necesaria ordenación del matrimonio a la generación de la prole, uno de los fines esenciales —junto con el *bien de los cónyuges*— del matrimonio³; en el su-

100 cuestiones y respuestas sobre el Síndrome de inmunodeficiencia adquirida y la actitud de los católicos, Centro farmacéutico nacional, Madrid 2002; L. CICCONE, «Malattia di AIDS o seropositivi: problema etici in ambito coniugale» *Il Diritto Ecclesiastico* 116, 1995/I, 755-765 ; F. J. ELIZARI, «Conductas sexuales y SIDA» *Moralia* 10 (1988) 396-ss; E. K. FERNANDES, *Marital Sexual Communion and the Challenge of AIDS: A Critical Inquiry into the Responses of the Scientific and Political Communities and of the Catholic Church to the Crisis of HIV and AIDS*, Pontificia Universitas Lateranensis, Roma 2007; J. FERRER, *SIDA y bioética: de la autonomía a la justicia*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid 1997; J. GAFO (Ed), *El SIDA, un reto a la sanidad, la sociedad y la ética*, UPCM, Madrid 1989; J. F. KEENAN (Ed), *Catholic ethicists on HIV-AIDS prevention*, Continuum, Nueva York 2002; G. PATERSON, *El amor en los tiempos del SIDA. La mujer, la salud y el desafío del VIH*, Sal Terrae, Santander 1997; etc.

² Sobre la cuestión canónica de la relación entre SIDA y matrimonio, puede verse, entre otros: S. GHERRO y G. ZUANAZZI (Ed.), *Matrimonio canonico e AIDS*, Giapichelli, Turín 1995; F. R. AZNAR GIL, «AIDS/SIDA y matrimonio canónico», en *Curso de derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro*, XIV, Salamanca 1998, 113-158; P. BIANCHI, «AIDS e matrimonio canonico», *Quaderni de Diritto Ecclesiale* 4 (1991) 370-375; G. BONI, «L'esclusione della prole e l'AIDS», en AA.VV., *Prole e matrimonio canonico*, Librería editrice vaticana, Ciudad del Vaticano 2003, 179-260; C. CEREZUELA, *El contenido esencial del bonum prolis. Estudio histórico-jurídico de doctrina y jurisprudencia*, Pontificia Universidad Gregoriana, Roma 2009, 288-298; G.D. COLEMAN, «Can a person with AIDS marry in the Catholic Church?», *The Jurist* 49 (1989) 259-268; M.P. FAGGIONI, «AIDS. Questioni disputate in ambito coniugale», *Antoniano* 72 (1997) 449-461; S. GHERRO, «Considerazioni canonistiche preliminari su matrimonio e AIDS», *Il Diritto Ecclesiastico* 116, 1995/I, 732-742; ; U. NAVARRETE, «AIDS e consenso matrimoniale», *Forum* 13-14 (2002-03) 126-145; M. F. POMPEDDA, «Problematiche di diritto canonico in relazione all'AIDS» *Il Diritto Ecclesiastico* 116, 1995/I, 767-781; M^a. A. TARDUGNO, *Tossicodipendenza e AIDS nella giurisprudenza ecclesiastica*, Roma 2001; W. A. VARVARO, *Canon 1058: Prohibition against Marriage of AIDS victims*, en W. A. SCHUMACHER y J. J. CUNEO (Ed), *Roman Replies and CLSA Advisory Opinions 1987*, Canon Law Society of America, Washington 1987, 113-123. Personalmente, he abordado el tema anteriormente —aunque de manera parcial— en: C. PEÑA, «Exclusión del bonum prolis, paternidad responsable y SIDA», <www.iustel.com>, *Revista General de Derecho Canónico y Ecclesiástico del Estado*, n.12, octubre 2006, 32 pp.

³ Teniendo en cuenta la profunda interrelación moral-derecho en materia canónica, el anterior Decano de la Rota Romana se hacía seis preguntas —fundamentalmente de índole moral, aunque con repercusiones canónicas— relacionadas con esta cuestión: «1) ¿Es lícito para una persona seropositiva contraer matrimonio teniendo después relaciones conyugales que expongan al cónyuge al riesgo de contagio? 2.) ¿Es lícito para una persona seropositiva contraer matrimonio renunciando después al uso del mismo? 3) ¿Es lícito para una persona seropositiva contraer matrimonio

puesto de que se considerase desaconsejable o ilícita la opción matrimonial para los enfermos-portadores del VIH-SIDA, ¿habría, en la actual regulación canónica, algún motivo jurídico que permitiera en su caso declarar la nulidad del matrimonio contraído en estas circunstancias? Más aún, ¿podría prohibirse contraer matrimonio canónico a los enfermos o portadores del VIH, o únicamente cabe, en su caso, desaconsejar esta opción a los contrayentes?⁴

Debe destacarse a este respecto que, en el ámbito matrimonial canónico, centrado en la validez/nulidad del vínculo conyugal, el problema se plantea siempre en relación con el momento constitutivo del matrimonio, atendiendo a la habilidad y/o capacidad del sujeto seropositivo para contraer matrimonio. El contagio del virus a uno de los cónyuges después de celebrado el matrimonio en nada afecta, directamente, a la validez de dicho matrimonio, aunque podrá, en su caso, atendiendo a las circunstancias, ser motivo legítimo de separación conyugal canónica, conforme a los cc.1151-1155.

2. ALGUNOS DATOS SOBRE LA COMPRESIÓN CANÓNICA DEL MATRIMONIO

2.1. Definición esencial del matrimonio

En el ordenamiento canónico, y, más hondamente, en la comprensión eclesial del matrimonio, éste aparece conceptuado como aquel «consorcio de toda la vida» ordenado, por su misma índole natural, al bien de los cónyuges y a la procreación y educación de la prole⁵. Ambos constituyen

decidiendo hacer uso del preservativo para disminuir el riesgo de contagiar al cónyuge? 4) ¿Es lícito para una persona sana aceptar las relaciones conyugales con el cónyuge seropositivo, sabiendo que ello pone en riesgo su propia salud? 5) ¿Es lícito para el cónyuge seropositivo, o para ambos esposos seropositivos, decidir buscar la concepción, dado el riesgo de que el niño sea seropositivo? 6) ¿Es lícito para dos personas seropositivas, o para un seropositivo con un cónyuge sano, contraer matrimonio renunciando positivamente a la generación de los hijos por el peligro de que nazcan enfermos?: Cf. M. F. POMPEDDA, *Problematiche ...*, art.cit. 747-4 (la traducción es mía).

⁴ No se trata de una hipótesis teórica, sino de casos que se han planteado en la práctica eclesial: p.e., en 1987, en la diócesis de Nueva York, el Rector de la Catedral de San Patricio denegó en un primer momento el matrimonio a un enfermo de SIDA, aunque posteriormente el Cardenal O'Connor revocó dicha prohibición: G. D. COLEMAN, *Can a person with AIDS...*, art.cit., 259-260.

⁵ Así se recoge, por ejemplo, en el Concilio Vaticano II —Constitución *Gaudium et Spes*, nn.48-50— y en el Código de Derecho Canónico, al canon 1055,1 (en adelante, c.1055,1). Sobre la comprensión canónica del matrimonio, los remitimos a lo ampliamente expuesto en: C. PEÑA GARCÍA, *El matrimonio. Derecho y praxis de la Iglesia*, Universidad Pontificia Comillas, Bilbao 2004, 396.

fines esenciales a los que, estructuralmente, tiende y se ordena la realidad matrimonial, sin gradación ni jerarquía alguna entre ellos.

Estos dos fines expresan el dinamismo interno de la realidad matrimonial, aquello a lo que el matrimonio está orientado y a lo cual tiende, por su misma estructura y esencia y —dado que ambos entran dentro de la definición sustancial del matrimonio— no puede ninguno de ellos ser voluntariamente rechazado por los contrayentes en el momento de prestar el consentimiento, pues ello invalidaría dicho consentimiento matrimonial, al privarle de un elemento perteneciente a la esencia misma de la realidad conyugal.

Se trata de dos fines íntima e indisolublemente unidos, uno de ellos con un carácter más inmanente (*bonum coniugum*) y otro que aporta una dimensión más trascendente (*bonum prolis*):

- a) El *bonum coniugum* es un bien integral, que guarda una relación directa con la concepción del matrimonio como íntima comunidad de vida y amor, y que constituye la justificación más radical del matrimonio como institución en sí misma buena, personalizante y creadora, en la que los mismos cónyuges crecen y se perfeccionan como sujetos vinculados en una relación amorosa y personalísima.
- b) Y es desde ese dinamismo intrínsecamente creador desde donde puede entenderse más adecuadamente el otro fin del matrimonio: la ordenación de éste a la *generación y educación de la prole*. Esta finalidad, clásica en la tradición canónica, no debe ser interpretada en el sentido de que la fecundidad sea la justificación o excusa de la sexualidad e intimidad conyugal, o incluso de la misma institución matrimonial⁶. Al contrario, esta finalidad implica la necesaria apertura y tendencia del matrimonio a la posible prole, que viene exigida por la naturaleza trascendente de la institución matrimonial: una unión cerrada en sí misma, en el que los contrayentes hubieran rechazado, desde un principio y con carácter absoluto, salir de ellos mismos y constituir una familia, no resulta coherente con dicha naturaleza trascendente⁷.

⁶ De hecho, la Iglesia siempre ha considerado a las personas estériles, que no pueden concebir y/o engendrar, aptas para contraer matrimonio, y, conforme a esta secular tradición de la Iglesia, el c.1084,3 recuerda que «la esterilidad ni prohíbe ni dirime el matrimonio».

⁷ Ello no significa, sin embargo, que no resulte lícito limitar o regular el efectivo ejercicio de la paternidad. El concepto de *paternidad responsable*, tal como viene formulado en el Vaticano II y en el posterior magisterio pontificio, implica una coparticipación y cooperación activa y responsable de los cónyuges con Dios, de modo que los hijos no sean consecuencia de la instintividad ni la irresponsabilidad, sino del amor maduro y responsable —a nivel humano y cristiano— de los cónyuges: cfr. *Gaudium et spes*, nn.50-51; PABLO VI, *Humanae Vitae*, de 25 de julio de 1968; JUAN PABLO

2.2. Importancia insustituible del consentimiento matrimonial

Este *consorcio de toda la vida*, esta íntima comunidad de vida y amor que es el matrimonio —con sus notas de exclusividad/unidad e indisolubilidad (c.1056)— nace de la libre voluntad de los contrayentes, quienes, con el intercambio de su consentimiento matrimonial, al darse y aceptarse recíprocamente como esposos, hacen nacer una realidad nueva: la matrimonial. Ese consentimiento matrimonial —que, como dice el c.1057, «ningún poder humano puede suplir»— es el que hace nacer el matrimonio, siempre que sea *verdaderamente matrimonial*, esto es, que el acto de voluntad consensual sea psicológicamente suficiente (lo que incluye uso de razón, capacidad de autodeterminación y capacidad de cumplir aquello a lo que los cónyuges se comprometen) y que no excluya ninguno de los elementos o propiedades esenciales del matrimonio. El defecto de alguna de dichas capacidades psíquicas o el voluntario rechazo de alguna de las notas definitorias del matrimonio provocará la nulidad del consentimiento conyugal prestado y, por tanto, la invalidez del matrimonio así contraído.

2.3. Reconocimiento del *ius connubii* como derecho fundamental

Por último, interesa destacar que uno de los principios rectores del sistema matrimonial canónico es el reconocimiento del *ius connubii*, en cuanto derecho subjetivo primario de toda persona a contraer matrimonio, de tal modo que únicamente razones objetivas y graves permitirán la restricción de este derecho, dando lugar a los impedimentos legalmente configurados o a otras prohibiciones previstas por el derecho.

El *ius connubii* viene recogido con carácter general en el c.1058, al establecer que «pueden contraer matrimonio todos aquellos a quienes el derecho no se lo prohíbe». Este derecho a contraer matrimonio tiene su origen en la misma naturaleza humana, y viene configurado como un derecho fundamental de la persona, un derecho inalienable, irrenunciable y perpetuo. Por ello, una vez presupuesta la capacidad natural de la persona para el matrimonio, las limitaciones al ejercicio de ese derecho que, en su caso, establezca el legislador deberán siempre venir justificadas por motivos prevalentes de orden personal, moral o social, y ser previamente establecidas por ley.

II, *Familiaris Consortio*, de 22 de noviembre de 1981, n.28-36; ID, Carta a las Familias *Gratissimam sane*, de 2 de febrero de 1994, n.12; ID, *Evangelium vitae*, de 25 de marzo de 1995; etc.

3. RELEVANCIA JURÍDICA DEL SIDA COMO POSIBLE CAUSA DE NULIDAD DEL MATRIMONIO

Aunque no es la primera enfermedad contagiosa grave que ha sido objeto de interés para el Derecho Canónico⁸, lo cierto es que el SIDA aparece hoy como un paradigma de enfermedad que plantea delicadas cuestiones relativas a la capacidad e idoneidad de enfermos o transmisores para contraer matrimonio, especialmente en el caso de que lo hagan con personas sanas. Ello es debido a varios factores, como el modo de transmisión de la misma (por vía hemática, mediante relaciones sexuales —hetero u homo-sexuales— y por transmisión vertical, de la madre infectada al feto), por la rapidez y extensión de su contagio, por la dificultad de su tratamiento y la gravedad de sus consecuencias, prácticamente mortales, al menos en amplias zonas geográficas carentes de remedios terapéuticos eficaces etc., aunque es cierto que en esta materia habrá que estar muy atentos tanto a los avances de las ciencias médicas como al efectivo acceso a los mismos por parte de los infectados⁹.

3.1. Planteamientos de la cuestión en la doctrina canónica

Aunque algunos autores consideran a los portadores del VIH, con carácter general, incapaces para contraer matrimonio —bien por una especie de *impotencia moral* derivada del peligro de contagiar a la otra parte o a la prole, bien por tratarse de una enfermedad que se opone radicalmente al *bien del otro cónyuge*, impidiendo la constitución de la íntima comunidad de vida y amor que es el matrimonio y el logro de sus fines esenciales¹⁰— lo cierto es que la mayoría de la doctrina —aunque con notables matices

⁸ De hecho, algunos autores han intentado aplicar la tradicional argumentación canónica relativa a la lepra u otras enfermedades similares al supuesto del SIDA (entre otros, S. GHERRO, *Considerazioni canonistiche...*, o.c., 733; H. FRANCESCHI, *AIDS e capacità matrimoniale: approccio storico al problema delle malattie infettive nel matrimonio*, en *Matrimonio canonico e AIDS*, Turín 1995, 82-86; etc.), aunque otros autores (p.e., U. NAVARRETE, o.c., 127-132) han puesto en cuestión esta analogía.

⁹ Pe., hoy pueden considerarse obsoletos algunos argumentos anteriormente utilizados por la doctrina, como la sobreinfección por relaciones sexuales entre infectados, o la inevitabilidad de la transmisión por vía materno-filial, al menos en aquellos casos en que haya acceso efectivo al nacimiento por cesárea, la lactancia con leche no materna, etc.: G. BONI, o.c., 198.

¹⁰ Especial atención merece la postura de Navarrete, quien, desde la profundización en las exigencias del matrimonio puestas de relieve por el Concilio Vaticano II, sostiene que el matrimonio de estas personas sería *per se* nulo por derecho natural, con independencia de que jurídicamente deba acusarse la nulidad por alguno de los capítulos predefinidos en la ley: U. NAVARRETE (o.c., 137-141).

y diferencias en el discurso¹¹— sostiene, por el contrario, que, aunque potencialmente problemático, el SIDA no se opone *per se* a la validez del matrimonio, pues, en principio, no afecta directamente ni a la requerida capacidad psíquica para la prestación del consentimiento (c.1095), ni tampoco a la capacidad del sujeto para realizar el acto sexual conyugal, por lo que no puede hablarse de un impedimento de impotencia (c.1084).

Con relación a la capacidad consensual de las personas con SIDA, algunos autores¹² han apuntado la posibilidad de un *defecto de discreción de juicio* (c.1095,2) de los seropositivos, cuestionando su capacidad para valorar responsablemente los deberes y deberes conyugales a los que se obligan, especialmente en aquellos casos en que, de modo más o menos inconsciente o por mecanismos de defensa, el sujeto se niega a reconocer la enfermedad o su gravedad. Sin embargo, a nuestro juicio, no puede hablarse de que el VIH/SIDA produzca directamente estos efectos ni afecte a la capacidad crítica del sujeto: si en algún caso concreto se produce esa reacción, no parece que ello pueda ser atribuido a la enfermedad en sí misma considerada, sino a otros trastornos psíquicos preexistentes en el sujeto (inmadurez, neurosis, etc.) que son los que le impedirían, en su caso, afrontar y asumir de modo maduro y responsable el hecho, ciertamente difícil, del contagio y/o desarrollo de la enfermedad. En estos casos, en definitiva, lo relevante sería la capacidad psicológica para asumir el hecho de la enfermedad y para valorar las dificultades que la misma provocará en la vida conyugal, no viéndose, este sentido, diferencias entre la situación del enfermo de SIDA y la de cualquier otro sujeto con una enfermedad grave y/o altamente contagiosa.

Por otro lado, aunque el SIDA, por sus características, pueda llegar de hecho a impedir al sujeto cumplir las obligaciones conyugales referidas al bien de la prole y al bien de los cónyuges, es claro que nunca podrá declararse la nulidad por el capítulo de *incapacidad para asumir las obligaciones esenciales del matrimonio* del c.1095,3, puesto que el canon exige que dicha incapacidad venga provocada por una «*causa de naturaleza psíquica*»¹³. Lejos de cualquier positivismo en la interpretación de la norma, hay que tener en cuenta que la *incapacitas adsumendi* mira a la incapacidad psíquica para prestar un válido consentimiento por incapacidad de cumplir aquello a lo que los contrayentes se obligan, no a prohibir el

¹¹ Entre otros, Aznar Gil, Bianchi, Boni, Cerezuela, Coleman, Franceschi, etc.

¹² M. F. POMPEDDA, *Problematiche...*, art.cit. 781-2; G. ZUANNAZZI, «AIDS: aspetti epidemilogici e clinici», *Il Diritto Ecclesiastico* 116, 1995/1, 753-754.

¹³ Aunque algún autor ha sostenido la incapacidad para asumir de los enfermos de SIDA (M^a.A. TARDUGNO, o.c., 81), la doctrina mayoritaria coincide en que no puede considerarse el SIDA una causa de naturaleza psíquica.

matrimonio a aquellos sujetos que, por el desarrollo de una grave enfermedad —en este caso, vírica— puedan verse impedidos para llevar una vida matrimonial ordinaria¹⁴. En este sentido, conviene no olvidar la constante tradición eclesial, que nunca ha prohibido la celebración del matrimonio a personas gravemente enfermas, ni siquiera —como ocurre en el matrimonio *in articulo mortis*— a aquellos que se encuentran en estado terminal, siempre que mantuviesen la necesaria capacidad psíquica para poner el acto del consentimiento.

A mi juicio, la posible influencia del SIDA en la validez del matrimonio vendrá dada, en su caso, no por el hecho de la enfermedad en sí misma considerada, sino por la concurrencia de otros elementos que puedan provocar la nulidad del consentimiento prestado, de modo que, en estos casos, el SIDA tendría únicamente un influjo *indirecto* en dicha nulidad. En este sentido, dejando de lado posibles influencias de carácter anecdótico¹⁵, la relevancia del SIDA en la validez o nulidad del consentimiento podrá venir dada fundamentalmente en relación con dos capítulos concretos de nulidad: el *error* —especialmente doloso— y la *exclusión del bonum prolis*.

3.2. El error

Conforme destaca unánimemente la doctrina, si la persona es consciente de padecer la enfermedad o de ser portador del virus, la ocultación deliberada de este hecho al otro contrayente provocará la nulidad del matrimonio por *error doloso* (c.1098), pues se trata de una cualidad relevante que, por su misma naturaleza, puede perturbar gravemente el consorcio de vida conyugal¹⁶. Las personas conocedoras de padecer SIDA o ser portadoras del

¹⁴ Naturalmente, nos referimos a la insuficiencia de la enfermedad en sí misma considerada para provocar dicha incapacidad; cuestión distinta es que el modo en que se haya contagiado el SIDA pueda ser indicativo de una verdadera incapacidad para asumir del sujeto, provocada por otros motivos (p.e., por una grave drogodependencia, por hipersexualidad, por homosexualidad, etc.)

¹⁵ Así pasaría, p.e., si la conciencia de la enfermedad llevase, sea al contrayente enfermo o al otro, a poner un acto positivo de voluntad excluyendo la indisolubilidad o la fidelidad de su matrimonio, de modo que el SIDA actuaría como *causa simulandi* de dicha exclusión (c.1101); o bien llevase a alguno de los contrayentes a poner una condición de futuro invalidante del consentimiento (c.1102), p.e., sobre la generación de prole sana, sobre la curación de la enfermedad; etc..

¹⁶ Este capítulo de nulidad del error doloso busca proteger la buena fe de los contrayentes y la libertad de éstos de tomar la decisión de contraer sin injerencias indebidas y sin ver desvirtuada su percepción de las cualidades del otro contrayente: sobre la regulación canónica de los supuestos de error, me remito a lo expuesto en C. PEÑA, «La incidencia del error sobre cualidad y del error redundans en el consentimiento matrimonial», *Revista Española de Derecho Canónico* 56 (1999) 697-720.

virus tienen la grave obligación moral —y jurídica— de comunicarlo a la parte no infectada, pues éstas tienen derecho a conocer, antes del matrimonio, un dato tan trascendental para su salud y para la misma vida conyugal; la ocultación intencionada de este dato supone una quiebra de la *buena fe* entre los novios e incide directamente en la validez del consentimiento prestado, por un doble motivo: en el contrayente engañado, porque presta un consentimiento viciado por ese error, conforme al c.1098; y en el contrayente que engaña, porque difícilmente puede hablarse en este caso de una entrega de uno mismo verdaderamente *conyugal*, tal como viene exigida con carácter general en el c.1057.

Mayor problema presenta la cuestión de si el desconocimiento —no doloso— de la enfermedad podría provocar la nulidad del consentimiento por *error en cualidad directa y principalmente pretendida* del c.1097,¹⁷. Algún autor como Navarrete responde afirmativamente, sosteniendo que se trata de un error sobre una cualidad tan grave y devastadora de la vida conyugal que debe entenderse invalidante en virtud del mismo derecho natural, incluso aunque no fuera directa y principalmente pretendida¹⁸. Personalmente, aun aceptando que hay errores sobre cualidad que, en virtud del mismo derecho natural, invalidan el consentimiento, aunque no entren en los estrechos márgenes de la regulación positiva del error, encuentro cuestionable que el hecho de tener SIDA dé lugar necesariamente a uno de esos errores relevantes *per se*, puesto que, en este caso, la cualidad deseada —implícita o explícitamente— por el otro contrayente sería la salud del otro cónyuge, o la ausencia en éste de una enfermedad de transmisión sexual, cualidades que pueden verse afectadas no sólo por el SIDA, sino por muchas otras enfermedades respecto a las cuales, sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia canónica nunca han admitido la fuerza invalidante del error simple. Por otro lado, en caso de que la cualidad pretendida se refiriese concretamente a la ausencia de SIDA, se trataría de un error fácilmente vencible —al menos en las sociedades más desarrolladas— por lo que, si el otro contrayente,

¹⁷ Este capítulo de nulidad del c.1097, 2 mira, no a la ocultación dolosa de una cualidad, sino a la absolutización que el contrayente ha hecho de una cualidad que erróneamente atribuye a la otra parte, hasta el punto de convertir a dicha cualidad —inexistente— en objeto directo de su consentimiento, por encima de la persona misma del otro contrayente.

¹⁸ U. NAVARRETE, o.c., 143-145. Se trata de un razonamiento coherente con su afirmación previa de que el SIDA invalida por derecho natural el matrimonio, afirmación que, como ya se ha indicado, encontramos discutible. Sin llegar tan lejos, otros autores, como Aznar Gil (o.c., 132-134) o Pompedda (o.c., 779-781) parecen inclinarse, en casos de SIDA, por una interpretación amplia del error en cualidad directa y principalmente pretendida, admitiendo la suficiencia de la pretensión implícita, pues se trataría de una exigencia social y culturalmente extendida. Por mi parte, encuentro sumamente difícil establecer la línea distintiva entre esta pretensión implícita en sentido amplio y la mera voluntad interpretativa, considerada siempre como canónicamente irrelevante.

sea por experiencias pasadas, por dudas, etc., realmente pretendiera de tal modo esta cualidad como para condicionar implícitamente la validez de su matrimonio a la misma, lo coherente hubiese sido proponer que la otra parte —o ambos— se hagan las pruebas correspondientes antes de la boda, saliendo de este modo del error y/o de la duda.

3.3. La exclusión del *bonum prolis*

Se trata, indudablemente, del capítulo respecto al cual el matrimonio contraído por una persona con SIDA ha planteado mayores interrogantes doctrinales, puesto que la necesaria ordenación del matrimonio a la prole —característica, como se ha visto, de la comprensión eclesial del matrimonio— puede entrar en conflicto con la decisión de los contrayentes, exigida por graves razones, de no tener hijos en su matrimonio.

El ordenamiento canónico prevé en el c.1101,2 la nulidad del matrimonio contraído por la persona que, al tiempo de prestar el consentimiento, excluya radicalmente, con un acto positivo de voluntad, la ordenación de su matrimonio a la procreación y educación de los hijos, en cuanto que ésta constituye uno de los elementos esenciales del matrimonio. Ello no significa que no quepa plantearse regular el ejercicio de la paternidad¹⁹, pero dicha regulación no puede equivaler a un rechazo total de la prole, puesto que dicho rechazo pondría en entredicho la efectiva aceptación de la ordenación del matrimonio a la prole. Así viene recogido en la jurisprudencia rotal, que ha elaborado la presunción de que la *exclusión perpetua y absoluta* de la prole supondría, en principio, una exclusión del mismo derecho —no meramente de su ejercicio— que invalidaría el consentimiento prestado, puesto que no puede considerarse concedido un derecho cuyo uso nunca va a permitirse²⁰.

A nuestro juicio, sin embargo, debe evitarse el riesgo de aplicar de modo automático de esta presunción, absolutizándola y convirtiéndola en un principio inamovible. En cuanto presunción, recoge únicamente un criterio

¹⁹ En relación con la exclusión del *bonum prolis* existe una distinción tradicional entre la negación del derecho mismo (la apertura u ordenación del matrimonio a la prole) —que provocaría la nulidad del consentimiento— y la limitación o regulación de su ejercicio, que, en principio, no afecta directamente a la validez del matrimonio. Sobre la evolución de esta distinción en la doctrina y jurisprudencia: F. CATOZZELLA, *Distinzione tra ius ed exercitium iuris. Evoluzione storica ed applicazione all'esclusione del bonum prolis*, Lateranense Universita Press, Roma 2007.

²⁰ Entre la abundante jurisprudencia al respecto, cabe citar, entre otras, la *coram* (en adelante, c.) Alwan, de 14 de enero de 1997, n.9: SRRD 89 (1997) 3; c. Huber, de 20 de diciembre de 1995, n.8: SRRD 87 (1995) 750; c. Funghini, de 28 de abril de 1993, n.4: SRRD 85 (1993) 316; c. Pompedda, de 8 de junio de 1987, n.4: SRRD 79 (1987) 358; c. Palestro, de 29 de enero de 1986, n.7: SRRD 78 (1986) 78; etc.

orientador, genérico, que necesita ser siempre confrontado con la concreta voluntad interna de los contrayentes, puesto que esta voluntad interna será la que indique si hay o no simulación del consentimiento. Esto tendrá especial aplicación en todos aquellos supuestos —muy variados²¹— en que el sujeto, antes de contraer matrimonio, considere que tiene la gravísima obligación moral de no engendrar hijos, como podría ocurrir en el caso de contrayentes que, conscientes de que uno o ambos padecen SIDA, consideran en conciencia que su obligación moral es no engendrar prole, para evitar el riesgo cierto —y, lamentablemente, todavía muy elevado hoy en día, al menos en amplias zonas geográficas— de contagiar la enfermedad a los hijos y, en su caso, al cónyuge no infectado²². En este supuesto, en el que la decisión de no concebir viene exigida moralmente por poderosísimas razones, en cuanto que están en juego la salud e incluso la vida del otro cónyuge y de la posible prole, ¿puede afirmarse que contraer con esa intención supone siempre necesariamente una exclusión del *bonum prolis* invalidante del consentimiento así prestado?

A nuestro juicio, el planteamiento de esta cuestión no puede perder de vista la necesidad de conjugar los ineludibles dictámenes de la conciencia moral —en este caso, basados objetivamente en graves razones— con el derecho fundamental de toda persona al matrimonio, así como la necesaria referencia a la voluntad concreta y real del sujeto que presta el consentimiento para valorar si ha tenido intención simulatoria o no. A este respecto,

²¹ Podrían darse conflictos similares en aquellos supuestos en que la mujer es consciente de padecer algún tipo de enfermedad que la pondría en serio peligro de muerte en caso de embarazo; en que alguno de los dos es portador de una grave enfermedad transmisible genéticamente a la prole; cuando contraen dos personas que han tenido ya varios hijos antes del matrimonio y consideran por motivos graves que no pueden tener más; o cuando se casan dos personas que, por aportar cada una al matrimonio un elevado número de hijos de uniones anteriores, consideran en conciencia moralmente irresponsable generar más prole; etc. En estudios anteriores he abordado alguna de estas problemáticas: C. PEÑA, «Bonum prolis y ius connubii: cuestiones abiertas» *Estudios Eclesiásticos* 83 (2008) 699-707; C. PEÑA, «La exclusión del bonum prolis» *Forum Canonicum. Revista Portuguesa de Derecho Canónico* IV/1-2 (2009) 79-102.

²² En el caso del SIDA, además, a diferencia de otros supuestos de exclusión de la prole por motivos legítimos, se añade generalmente —excepto en aquellos casos en que ambos contrayentes sean portadores del virus— el problema de que los cónyuges, para evitar el riesgo de contagio al cónyuge sano, pueden verse obligados o bien a no tener relaciones sexuales, o bien a tenerlas usando siempre preservativos, lo que en ambos casos provocará que el matrimonio se considere no consumado. No obstante, debe advertirse que el hecho de la ausencia de consumación no implica de suyo la nulidad del matrimonio así contraído, sino únicamente que este matrimonio, en principio válido, podrá ser disuelto en su caso por el Romano Pontífice. Un matrimonio disoluble no es un matrimonio nulo, sino un matrimonio válido cuya disolución permite la Iglesia por un motivo superior. No puede, por tanto, a nuestro juicio, afirmarse la nulidad de ese matrimonio —y, mucho menos, prohibirse su celebración— por el hecho de que se prevea como posible, o incluso probable, que nunca llegue a consumarse.

no puede olvidarse que nos encontramos en un capítulo —el de simulación del consentimiento— en que debe siempre discernirse cuál fue la concreta voluntad interna de los contrayentes al prestar éste, constituyendo las presunciones jurisprudenciales únicamente criterios a tener en cuenta de cara a la prueba efectiva, en el fuero externo, de la posible nulidad. A nuestro juicio, no cabe presumir sin más la nulidad del consentimiento de aquellos contrayentes que, sabedores de la gravedad de la enfermedad y de la facilidad de su transmisión, se casan con la conciencia de *su obligación de no tener hijos mientras no se encuentre una solución que elimine o disminuya notablemente los riesgos ahora mismo existentes*, incluso en el supuesto de prever como lejana dicha posibilidad. A nuestro juicio, el hecho de que, con independencia de sus deseos y de su voluntad, los contrayentes prevean, con conciencia y responsabilidad, que existen razones objetivamente graves que probablemente les impedirán, en el desarrollo de la vida conyugal, tener relaciones abiertas a la vida, no implica necesariamente una positiva voluntad simulatoria por su parte, que invalide su consentimiento matrimonial.

A este respecto, debe tenerse en cuenta que, en principio, la *conciencia* de los contrayentes respecto a la conveniencia/obligación moral de no tener hijos no supone, de suyo, un acto positivo de voluntad rechazando la ordenación del matrimonio a la prole, que los contrayentes pueden admitir e incluso desear, pese a su situación objetiva. Desde esta perspectiva de la intención subjetiva de los contrayentes, única relevante a la hora de determinar si éstos simulan el consentimiento o no, estimo que en estos supuestos de ausencia en ambos contrayentes de una voluntaria y positiva intención contraria a la prole —esto es, en todos aquellos casos en que los nubentes desean que su matrimonio pudiese estar abierto a la prole, aunque son conscientes de la imposibilidad moral de tener hijos en sus circunstancias concretas— no puede hablarse de una exclusión del *bonum prolis* jurídicamente relevante, de modo que los contrayentes podrían prestar válidamente el consentimiento pese a dicha conciencia. A este respecto, considero que sería de aplicación el principio general, recogido en una sentencia c.Giannecchini, de que «en lo que se refiere al bien de la prole, no invalida el consentimiento la dilación de la generación de la prole a un tiempo determinado o indeterminado pero subordinado a una condición de por sí temporal y que se debe cumplir cuanto antes, p.e., a recuperar la condición económica o la salud. *No se puede considerar excluido o negado lo que se desea conceder*»²³.

²³ c. Giannecchini, de 28 de marzo de 1995, n.2: SRRD 87 (1995) 242. Aunque el ponente recoge este principio en un supuesto de exclusión temporal de la prole y exige como criterio que la condición sea de por sí temporal y que se deba cumplir cuanto antes, lo cierto es que, en principio, no cabe excluir que esos criterios pueden ser aplicados al SIDA, encontrándonos a expensas

En este caso, por tanto, podría afirmarse que la aparente exclusión perpetua de la prole no es tal, sino que constituye propiamente una exclusión meramente temporal de la prole, en la que los contrayentes pueden aceptar la apertura de su matrimonio a la prole (la entrega del derecho), sin perjuicio de prever que, legítimamente, no podrán hacer uso de él (ejercicio del derecho) durante un tiempo indeterminado, hasta que cambien —por el descubrimiento de nuevos fármacos o vacunas, de nuevas vías de atajar la enfermedad o frenar su transmisibilidad, etc.— las graves razones que de momento les impiden moralmente concebir efectivamente a la prole o tener de hecho relaciones abiertas a la vida.

En este sentido, podría apuntarse incluso un paralelismo con el matrimonio *in articulo mortis*: al igual que en principio —presupuesta siempre la capacidad de los contrayentes— la Iglesia reconoce la validez de ese matrimonio, sin que el hecho de la certeza de los nubentes respecto a la inminencia de la muerte suponga de por sí una exclusión del derecho a la comunidad de vida o a la entrega mutua, debería igualmente admitirse que, en el caso de los contrayentes enfermos de SIDA, tampoco su creencia —o incluso su certeza subjetiva— respecto a que nunca se van a dar las condiciones de hecho que les permitan responsablemente tener hijos constituye de suyo una exclusión del *bonum prolis*, salvo que ésa fuera efectivamente su intención positiva.

A nuestro juicio, resultaría de aplicación a este caso el principio jurídico de que las partes no pueden excluir con su voluntad lo que no son capaces de dar, puesto que a lo imposible —o a lo gravemente irresponsable— nadie está obligado, sin que ello pueda limitar el radical derecho de la persona a contraer válido matrimonio. En este sentido, considero que la aceptación apriorística de que cualquier previsión o incluso decisión sobre el tema de los hijos en estos supuestos, ciertamente dolorosos, en que se produce un grave conflicto entre paternidad responsable y ordenación del matrimonio a la prole, constituye de suyo una voluntad simulatoria por exclusión del *bonum prolis* llevaría al absurdo jurídico de afirmar que cualquier persona con SIDA —y, más ampliamente, cualquier pareja que se encuentre en alguna de las circunstancias que hacen desaconsejable la generación de la prole—, no podría, en virtud de dichas circunstancias objetivas, contraer matrimonio válido, a no ser que suspendiera el juicio y no se planteara el tema de la ordenación de su matrimonio a la prole hasta

del avance de la investigación en esta materia. Por otro lado, es claro que el ponente alude más a la intención de los contrayentes que a la superación fáctica de las dificultades, según se deduce de los ejemplos aducidos —recuperar la salud o una buena situación económica— que no constituyen condiciones cuyo logro dependa únicamente de la voluntad de los contrayentes, por lo que siempre podrán darse supuestos en que los contrayentes no alcancen de hecho dichas circunstancias.

después de prestado el consentimiento, lo cual resulta profundamente forzado e inverosímil en personas responsables.

De hecho, hay que decir que esta postura gravemente limitativa del *ius connubii* de los sujetos ha sido mantenida, en efecto, por algún autor como Ricciardi, quien sostiene expresamente que cuando el motivo de la exclusión es de tal gravedad como para impedir la procreación, «la única decisión verdaderamente responsable que pueden tomar los contrayentes es no casarse»²⁴. Aunque se trata de un planteamiento ciertamente minoritario, que ha sido contestado por un amplio sector doctrinal²⁵, no cabe desconocer el riesgo de que en la praxis judicial o administrativa, a la hora de resolver casos concretos, sí se dé acogida a este planteamiento, de modo que una aplicación rigorista del c.1101 y la absolutización de uno de los elementos del matrimonio (su ordenación a la prole) acabara, no sólo vulnerando el natural *ius connubii* de todo sujeto, sino también desvirtuando la riqueza y potencialidad de la institución matrimonial.

A nuestro juicio, es fundamental, en esta materia, *salvaguardar el ius connubii* de los enfermos de SIDA, evitando crear subrepticamente nuevos impedimentos matrimoniales, sin base legal alguna, mediante la aplicación apriorística y generalizada de presunciones legales, lo que ocurriría, p.e., si se afirmase apriorísticamente que estos enfermos, por su obligación moral de no procrear para no poner en peligro la salud y la vida del otro cónyuge y de la misma prole, no pueden contraer matrimonio. Aparte lo ya indicado respecto a la necesaria distinción entre el derecho y su ejercicio en estos casos, una aplicación estricta de este principio podría llevar al absurdo jurídico de que los enfermos de SIDA, *por el mero hecho de serlo*, no podrían en ningún caso prestar un consentimiento suficiente y contraer un matrimonio válido: si son personas responsables que, al contraer, excluyen conductas de riesgo para el cónyuge no infectado y la posible prole, su consentimiento sería inválido por haber excluido el *bonum prolis*; por el

²⁴ Así lo expuso el autor, juez, en una sentencia del Tribunal Eclesiástico del Piamonte, c. Ricciardi, de 29 de mayo de 1986, n.10: *Il Diritto Ecclesiastico* II (1986) 541-549. Años más tarde, el autor se ratificó en dicha posición, en: C. RICCIARDI, «Procreazione responsabile ed esclusione del bonum prolis», en AA.VV., *La simulazione del consenso matrimoniale canonico*, Librería Editrice Vaticana, Ciudad del Vaticano 1990, 181-182.

²⁵ Han criticado el planteamiento de Ricciardi, entre otros, A. BERNÁRDEZ CANTÓN, «Simulación parcial por exclusión de la prole», en *Simulación matrimonial en el Derecho canónico*, Pamplona 1994, 196-197; F. Catozzella, *Distinzione tra ius ed exercitium iuris*, o.c., 252, nota 670; etc. Otros autores sostienen la posibilidad de una renuncia perpetua al ejercicio del derecho sin que ello suponga necesariamente una exclusión del derecho: G. COMOTTI, *Ordinatio ad prolem del matrimonio e scelta di non procreare: alcune riflessioni canonistiche in tema di procreazione responsabile*, en AA.VV., *Matrimonio canonico e AIDS*, Turín 1995, 108-115; M. WEGAN, «Esclusione del bonum prolis e fecondazione artificiale», *Quaderno dello Studio Rotale* 15 (2005) 104-107.

contrario, si la persona se casase con la intención de engendrar prole, aún a costa de poner en grave peligro la vida y la salud del otro cónyuge, cabría cuestionarse la validez de dicho consentimiento, en este caso por exclusión del bien de los cónyuges.

Por último, y sin perjuicio del mantenimiento preferente del criterio anteriormente indicado de considerar su voluntad como una mera exclusión temporal de la prole, salvo que de las circunstancias se dedujera otra intención, cabría plantearse si, en estos casos, no nos encontramos ante una situación de verdadera y grave *imposibilidad moral* de engendrar, equiparable de algún modo a la *imposibilidad física*, incluso voluntariamente provocada²⁶. Si el matrimonio de los estériles —e incluso de aquellos que se han esterilizado voluntariamente y posteriormente se retractan de su intención contraria a la prole— es reconocido como válido por la Iglesia, ¿por qué no reconocer también, con carácter general y siempre a expensas de la concreta voluntad consensual de los contrayentes, la validez del matrimonio en supuestos como el que nos ocupa, en que se da una auténtica imposibilidad moral de engendrar, por razones verdaderamente graves y objetivamente predeterminadas?

4. CONCLUSIONES SOBRE LA PROCEDENCIA DE PROHIBIR LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO CANÓNICO EN CASOS DE SIDA

Conforme a lo expuesto en este estudio, el matrimonio de los enfermos de SIDA o de los portadores del virus plantea dificultades de todo orden —también jurídicas— que no pueden ser minusvaloradas. A nuestro juicio, sin embargo, la conciencia de estas dificultades no autoriza sin más a dejar de lado, al abordar estos temas, la esencial y delicada cuestión del derecho al matrimonio de los enfermos de SIDA, por lo que —en virtud del *ius connubii* y dado que la ley no prevé expresamente este supuesto como un impedimento matrimonial— no cabe prohibir a estas personas, automática e indiscriminadamente, el acceso al matrimonio canónico.

²⁶ En el ordenamiento eclesial, la esterilidad no invalida el matrimonio, ni siquiera en el caso de haber sido voluntariamente provocada por la persona, siempre que posteriormente, se haya arrepentido de dicha decisión, revocando de este modo su inicial voluntad contraria a la prole: en este sentido, una sentencia *coram* De Jorio afirmaba que «si antes del matrimonio no se arrepintió de la operación realizada, el acto positivo de la voluntad contrario a la generación de la prole, firmado por un hecho elocuente, persevera; por consiguiente, el matrimonio es nulo. Si, arrepentido del hecho, retracta la voluntad contraria a procrear y lo hace antes de contraer, es evidente que no excluyó la prole al contraer con un acto positivo de voluntad, aun cuando ya no pueda recuperar la capacidad de engendrar» (SRRD 60 [1968] 215).

En efecto, no hay ningún motivo canónico que permita afirmar que el consentimiento prestado por los portadores o enfermos de SIDA sea necesariamente nulo, ni por incapacidad consensual, ni por concurrencia de algún vicio del consentimiento, por lo que, en principio, habrá que presumir su capacidad para contraer y la validez de su consentimiento, mientras no se pruebe lo contrario.

Lo que sí resulta exigible es que la autoridad eclesial extreme en estos casos la atención pastoral y el cuidado en la tramitación del expediente previo, de modo que se valore cuidadosamente cada caso concreto, pues habrá notables diferencias según la gravedad y efectos de la enfermedad en cada paciente, según el efectivo acceso a un tratamiento terapéutico adecuado que reduzca las consecuencias de la enfermedad, o a medidas que minimicen el riesgo de contagio al otro cónyuge o a los posibles hijos, etc. En cualquier caso, parece importante —y será signo del desvelo pastoral de la Iglesia— que se ayude a los contrayentes a ser conscientes de las implicaciones y consecuencias de su decisión de contraer y, sobre todo, que se garantice, de cara a la prestación de un válido consentimiento conyugal, que ninguno de los contrayentes contrae engañado²⁷.

Si, en algún caso concreto y por graves motivos (p.e., la negativa del contrayente enfermo a informar a la otra parte), la autoridad eclesial considerara inconveniente autorizar el matrimonio, podrá en su caso prohibir esta celebración, pero sólo con carácter temporal —en tanto no desaparezca la causa que motivó la prohibición— y sin que en ningún caso dicha prohibición tenga efecto invalidante, conforme al c.1077.

²⁷ En este sentido, muchas Conferencias Episcopales de todo el mundo han dado normas sobre cómo actuar en los diversos supuestos que pueden plantearse, incluido el caso de duda razonable: p.e., en este supuesto, aun rechazando una obligación general de someterse al test del SIDA antes del matrimonio, los Obispos de Uganda destacan la importancia de animar a los novios a que se hagan dicho test si han mantenido conductas de riesgo, por su grave obligación moral de no poner en riesgo la salud del otro contrayente: G. BRUNELLI, *Chiamati a compassione. Le chiese rispondono all'AIDS*, EDB, Bolonia 1990, 260-261.