

INDICE GENERAL

INDICE GENERAL	1
Introducción general al tema.....	10
CAPÍTULO I: Una visión histórica de la Eugenesia y su inserción en la institución familiar.	
1 .Introducción	14
2. La Eugenesia en la antigüedad.	14
2.1. República (Platón).	14
2.2. Utopía (Tomás Moro).	17
2.3. Código indio de Manú.	20
2.4. Leyes de Moisés	20
2.5. Leyes de Esparta	21
2.6. Ley Romana de las XII Tablas.	21
2.7. Leyes de las Partidas.	21
3. Escritores que abordaron el tema.....	21
3.1. Pedro LÓPEZ MONTTOYA	21
3.2. HUARTE DE SAN JUAN	22
3.3. Charles DARWIN.	23
4. La Eugenesia como Ciencia.	24
4.1. Juan Gregorio MENDEL.....	24
4.2. Francisco GALTON.....	25
5. Encíclica “Casti Connubii”	27
6. Eugenesia positiva y negativa.....	30
6.1. Eugenesia negativa.....	30
6.2. Eugenesia positiva.....	31
7. El problema: Los descubrimientos científicos, el derecho y su reacción frente a la realidad.	32
7.1. Los descubrimientos científicos y el derecho... 32	
7.2. La reacción del derecho frente a la realidad.... 33	
8. Conclusiones parciales.	36

9. Bibliografía del Capítulo.	39
------------------------------------	----

CAPÍTULO II: Sobre el sustento científico de las enfermedades comprendidas en los impedimentos eugenésicos.

1. Introducción.	41
2. Enfermedades comprendidas.	44
2.1. Enfermedades de transmisión vertical.	45
2.2. Enfermedades de transmisión hereditaria.	47
2.2.1. El Cáncer.	48
2.2.2. Epilepsia.	49
2.3. Enfermedades de transmisión sexual.	50
3. Enfermedades comprendidas en las diversas legislaciones.	51
4. Interrelación científica entre el derecho y la biología.	52
5. El derecho frente a un nuevo paradigma.	52
6. La reacción del Estado frente a lo científicamente novedoso.	54
7. La necesidad de la certeza en las ciencias jurídicas.	57
8. El Estado –legislador frente a la ciencia.	58
9. Conclusiones parciales.	60
10. Bibliografía del Capítulo.	61

CAPÍTULO III: Antecedentes de la ley 12.331, proyectos y normativa vinculada.

1. El requerimiento de la Liga Argentina de Profilaxis Social.	63
2. Proyectos de sanción de la ley de profilaxis.	63
2.1 El Proyecto de BARD.	63
2.2. El Proyecto de GRAU.	65
2.3. El Proyecto de GIMÉNEZ.	66
2.4. El Proyecto de PADILLA.	69

3. Sobre el debate parlamentario	70
3.1. La Cámara de Diputados	71
3.2. La Cámara de Senadores	72
4. La llamada ley de profilaxis de las enfermedades venéreas (12.331) y la ley 16.668.....	73
4.1. Sanción de la ley 12.331	73
4.2. La ley 16.668.....	73
5. Proyectos relacionados con la ley 12.331	75
5.1. El proyecto de 1936.....	75
5.2. Anteproyecto de ley de certificado prenupcial, impedimento de enfermedad y causales nosológicas de nulidad de matrimonio y de divorcio.....	76
5.2.1. Generalidades del anteproyecto.....	79
5.2.2. Motivo de su presentación	79
5.2.3. Enfermedad crónica.....	79
5.2.4. Certificado prenupcial	81
5.2.5. Certificados médicos para ambos contrayentes	82
5.2.6. Nulidad.....	82
5.3. Proyecto de CALVO.....	84
5.4. Proyecto de TORRONTEGUI.....	86
6. La normativa vigente y el SIDA.	89
6.1. El certificado prenupcial.	89
6.2. Proyecto de 1988.....	90
6.3. La ley 23.798.....	90
6.4. Reglamentación de la ley 23.798.	91
7. Conclusiones parciales.	92

CAPÍTULO IV: Impedimento eugenésico de enfermedad. Análisis particular del enunciado y su coherencia normativa.

1. Introducción.	94
2. Ambigüedad del término sanción.	95

3. Sanciones civiles y sanciones penales.	96
3.1. Sanciones penales	97
3.2. Sanciones civiles	97
4. Enunciado normativo objeto de análisis.....	98
5. Análisis particular de la proposición del artículo 13 de la ley 12.331.	101
5.1. Proposición Universal.	101
5.2. Proposición General.....	102
5.3. Norma hipotética.....	102
6. Operatividad del artículo: impedimento eugenésico.	102
7. Consecuencia de la violación de los impedimentos.	104
8. Coherencia normativa.....	104
9. Soluciones posibles.....	106
9.1. Matrimonio inexistente.	106
9.2. Matrimonio nulo.....	106
9.3. Matrimonio válido.	108
10. La cuestión de la antinomia.	108
11. La solución del problema a través de la aplicación de los criterios para subsanar la incompatibilidad normativa.....	111
11.1. Criterio Temporal.	111
11.2. Criterio Jerárquico.	112
11.3. Criterio Material.....	112
12. Interpretación de la norma en análisis.....	113
13. Conclusiones parciales.	116
14. Bibliografía del Capítulo.	118

CAPÍTULO V: Sobre los impedimentos eugenésicos y su relación con el SIDA.

1. Impedimentos matrimoniales.....	121
1. 1. Consideraciones generales.....	121
1.2. Clasificación de los impedimentos matrimoniales.....	122

1.2.1. Impedientes y dirimientes.	123
1.2.2. Impedimentos permanentes y transitorios.	123
1.2.3. Impedimentos relativos y absolutos.	124
1.3. La prohibición del artículo 13 de la ley 12.331 como impedimento: Finalidad inmediata y mediata.	125
2. Certificados médicos prenupciales y SIDA.	126
3. Diferentes corrientes doctrinarias en torno a la inclusión del SIDA en los exámenes prenupciales.	129
3.1 Corrientes que admiten la inclusión de la enfermedad.	129
3.2. Corrientes que pregonan la exclusión de la enfermedad.	131
4. La interpretación actual de la ley: el SIDA como enfermedad venérea en periodo de contagio.	131
4.1. El SIDA como enfermedad venérea.	132
4.2. Sobre el período de contagio.	133
4.3. Sobre el espíritu legislativo.	134
5. Necesidad o innecesidad de incluir al SIDA como impedimento: una cuestión ética y jurídica.	136
6. Rozando los umbrales de la discriminación.	139
7. La jurisprudencia frente al SIDA.	141
8. Conclusiones parciales.	143
9. Bibliografía del Capítulo.	145

CAPÍTULO VI: Consecuencias jurídicas de la trasgresión del impedimento: ¿Nulidad de las nupcias?

1. El matrimonio como acto jurídico	148
2. Validez o invalidez del acto celebrado en trasgresión al artículo 13 de la ley de profilaxis.	149
2.1. La nulidad como sanción jurídica.	149
2.2. Nulidades virtuales o implícitas.	150

2.3. Imposibilidad de crear nulidades pretorianamente.	152
3. Normas prohibitivas y nulidades virtuales.	153
4. Aplicabilidad o inaplicabilidad del artículo 18 del Código Civil al impedimento previsto por la ley de profilaxis.	154
5. Divergencia jurisprudencial.	156
5.1. A favor de la doctrina de la especialidad.	156
5.2. Fallos que apoyan la doctrina de la subsidiariedad.	157
6. La Jurisprudencia francesa: la regla: “pas de nullites sans texte en fait du mariage”.	158
7. Argumentos a favor de la doctrina de la subsidiariedad de la aplicación de los principios generales sobre nulidad al matrimonio y a favor de la doctrina de la especialidad.	161
7.1. Doctrina de la especialidad.	161
7.2. Doctrina de la subsidiariedad.	166
8. Carácter del impedimento.	169
8.1. Carácter impediendo.	169
8.2. Carácter dirimente.	169
9. Tipo de nulidad.	170
9.1. Nulidad relativa.	170
9.2. Nulidad absoluta.	172
10. El régimen de especialidad de las nulidades y los antecedentes históricos.	173
11. conclusiones parciales.	175
12. Bibliografía del Capítulo.	178

CAPÍTULO VII: Los vicios del consentimiento como medio eficaz de invalidez nupcial por transmisión de enfermedades venéreas.

1. Consideraciones generales.	182
2. El error como vicio de la voluntad.	183

3. Diferentes supuestos de error.....	183
4. El error como vicio del acto jurídico matrimonial.....	184
4.1. Generalidades.....	184
4.2. Error en la identidad.....	186
4.3. Error en las cualidades del otro contrayente.....	187
5. El dolo como vicio de la voluntad.....	189
5.1. Generalidades.....	189
5.2. La llamada omisión dolosa como vicio del consentimiento matrimonial.....	191
6. Diferencias entre error y dolo.....	194
7. Vicios del consentimiento en el derecho de familia y régimen de especialidad.....	194
8. Conclusiones parciales.....	199
9. Bibliografía del Capítulo.....	200

CAPÍTULO VIII: Certificados médicos prenupciales y responsabilidad civil entre cónyuges.

1. Introducción.....	202
2. Breve introducción al tema. La responsabilidad en la historia.....	204
2.1. Etapa primitiva: La Venganza.....	204
2.2. Etapa media: Un avance, la Composición.....	205
2.3. Etapa actual: La Responsabilidad en sus dos esferas de actuación.....	206
3. Sobre el origen de la responsabilidad por culpa.....	206
3.1. La culpa en las leyes antiguas.....	207
3.2. La culpa en el Código Civil Francés.....	207
3.3. La responsabilidad civil en la actualidad.....	209
4. Certificados prenupciales y presupuestos de la responsabilidad.....	211
4.1. La antijuridicidad.....	212
4.1.1. Generalidades.....	212

4.1.2. Aplicación al supuesto de análisis.....	214
4.2. El daño.	216
4.2.1. Generalidades.....	216
4.2.2. Aplicación al supuesto de análisis.....	219
4.2.3. Daño moral.	223
4.3. Factor de atribución.	225
4.3.1. Culpa.	226
4.3.2. Dolo.	228
4.4. Relación de causalidad.....	233
4.4.1. Generalidades.....	233
4.4.2. Normas del Código en esta materia.....	236
4.4.3. Ámbito de aplicación de la causalidad. ...	238
4.3.4. Actos de omisión y relación de causalidad.	240
5. Acerca de la dificultad de la prueba en el ámbito extramatrimonial.....	243
6. Sobre el beneficio probatorio de nuestra propuesta en el ámbito matrimonial.	245
6.1. Carácter de la obligación de presentar el Certificado médico prenupcial.	245
6.2. El factor de atribución.	248
7. La especialidad en materia matrimonial.....	250
8. Responsabilidad de los padres por la transmisión de enfermedades a sus hijos.....	252
8.1. El Daño.....	253
8.2. La Antijuridicidad	255
8.3. La relación de causalidad	258
8.4. Los Factores de atribución: el dolo y la culpa.	259
8.5. Nuestra posición sobre el tema.	259
9. Conclusiones parciales.	262
10. Bibliografía del Capítulo.	269

CONCLUSIÓN FINAL

1. La jerarquía del derecho matrimonial.	277
2. La Eugenesia y el Derecho.	278
3. Exclusión del impedimento de enfermedad. (Art. 1 del Anteproyecto).....	278
4. Certificado médico prenupcial. (Art. 3 y 4 del Anteproyecto)	280
4.1. Operatividad del certificado prenupcial.	280
4.2. La inclusión del SIDA en los certificados prenupciales para el conocimiento bilateral del verdadero estado de salud de los cónyuges.	281
5. Nulidad de las nupcias (Art. 5 del Anteproyecto).....	284
5.1. Inoficiosidad del artículo 13 de la ley 12.331.	284
5.2. Los vicios del consentimiento como medio jurídicamente idóneo para anular el matrimonio cuando ha sido contraído desconociendo la existencia del SIDA u otra enfermedad por parte de uno de los contrayentes.....	284
6. Aplicación del régimen del derecho de daños en caso de transmisión de enfermedades venéreas en el matrimonio. (Artículo 6 del Anteproyecto).....	285
7. Anteproyecto de impedimento matrimonial de enfermedades transmisibles. Inclusión del SIDA dentro de los vicios del consentimiento matrimonial.....	287
Bibliografía General.	289

Introducción general al tema.

Nuestro trabajo centra la atención en la llamada “ley de profilaxis de las enfermedades venéreas,” es decir, la ley 12.331 sancionada el 17 de diciembre de 1936 y especialmente en su artículo 13 que constituye el objeto de análisis de la presente investigación. Este, en su último párrafo, establece la prohibición de contraer matrimonio a las personas afectadas de *enfermedad venérea en período de contagio*. La existencia de una prohibición nupcial basada en argumentos eugenésicos, (de herencia), trae aparejada diferentes posiciones.

Atendiendo a razones políticas, éticas, filosóficas o netamente eugenésicas los diferentes Estados han legislado con relación al supuesto de enfermedad transmisible de los contrayentes tomando una posición más o menos intervencionista.

En el primer supuesto, a través de la exigencia del certificado prenupcial obligatorio y la inclusión del impedimento de enfermedad, y su consecuente nulidad ante la violación del mismo, y en el segundo caso a través del mero examen voluntario, a los fines de poner en conocimiento, a los futuros contrayentes, de la existencia de una enfermedad transmisible por parte de uno de ellos o de ambos.

Como apreciamos, entran en colisión dos aspectos jurídicos de gran jerarquía, por un lado el derecho individual a la libertad del hombre comprensivo del derecho a contraer matrimonio, y por otro el poder del Estado para limitar la autonomía de la voluntad, imponiendo un nuevo impedimento sustentado en razones de interés general.

De esta manera el marco de la ley difiere en cuanto a la posición del legislador con respecto a este tema específico,

el artículo 13 de la ley 12.331 denota el perfil del Estado Nacional que tiene una clara adhesión a la tendencia de incluir la enfermedad como impedimento para contraer matrimonio, aunque su técnica legislativa parecería deficiente al igual que la mayoría de los demás países que consagran esta causal como impedimento.

La cuestión es tan compleja y de tal trascendencia que ha motivado el interés de la Iglesia Católica, la cual a través de la Encíclica "*Casti Connubii*" deja en clara su posición al respecto. Si bien el presente trabajo tiene en miras plantear una propuesta jurídica y no moral, considero de gran importancia dedicar unos párrafos de esta investigación para denotar el perfil de la Doctrina Católica, puesto que nuestra institución civil matrimonial toma como fuente muchos aspectos del Derecho Canónico.

La frase "enfermedad venérea en periodo de contagio" que consagra la ley 12.331 en su artículo 13 no parece ser muy ufana por dos razones bien determinadas. Primero por lo difícil que es en ciertos casos establecer si al momento de las nupcias la persona enferma está en periodo de contagio. Y por otro lado aparece el tema del *SIDA*.

Aun cuando algunos autores piensan lo contrario, hay quienes sostienen que este terrible flagelo se ve comprendido, dentro del concepto de enfermedad venérea. Pero la particularidad del caso, es que el período de contagio no desaparece nunca, ya que no existe hasta el momento, cura para esta enfermedad.

Teniendo en cuenta esta última posición, será necesario saber: si el Estado ejerce una potestad abusiva al prohibir a ciertas personas contraer matrimonio por el resto de sus vidas.

Si bien en la actualidad hay pocos fallos que se refieran específicamente a esta cuestión, el tema no es

menor, ya que el mal se encuentra en plena expansión y consideramos que en el futuro muchas personas se pueden ver privadas para siempre del derecho a contraer matrimonio.

Por otro lado aparece una cuestión más que relevante al respecto, la norma no determina la sanción ante el incumplimiento de su enunciado, es decir, es una norma que prescribe una prohibición, pero no establece cual es el efecto ante la trasgresión de ese enunciado legal.

Esto tiene una resonancia fáctica muy trascendente, porque aun cuando la ley exige los llamados certificados médicos prenupciales para acceder al matrimonio, puede ocurrir que los mismos sean falsificados, o bien que el Oficial del Registro omita dicha diligencia previa. Entonces nos preguntamos *¿Es nulo un matrimonio celebrado por quien padece de una enfermedad venérea?* Esto ha generado una incertidumbre jurídica, la cual ha sido analizada por los juristas y la jurisprudencia conforme a dos posiciones especialmente diferenciadas.

Por último, y como consecuencia de lo expuesto, será necesario saber si el daño producido por el contagio de una enfermedad sexual dentro del matrimonio amerita aplicar los principios generales sobre responsabilidad. Es decir, como en el caso planteado, si una persona accede al matrimonio padeciendo una enfermedad, la cual era desconocida por el otro contrayente: *¿Contaría el cónyuge inocente con una legitimación activa que le permita demandar por responsabilidad civil al culpable, habida cuenta del daño que le ha producido el actuar doloso o culposo de este último?*

Todas estas cuestiones nos han llevado a plantear la siguiente hipótesis de investigación: "...La existencia de una prohibición para contraer matrimonio de quienes padecen de una enfermedad venérea en período de contagio como la vigente en el derecho argentino, es incongruente con el

régimen jurídico especial que regula la institución familiar...”

1 .Introducción

Si bien la Eugenesia adquiere raigambre científico con las obras de GALTÓN y MENDEL, el tema ha preocupado a los pensadores más antiguos, y la cuestión ha sido analizada desde diferentes aristas.

Nosotros hemos preferido la atinente al campo del derecho de familia, por considerarla útil para los postulados de esta investigación. En este sentido, elegimos una serie de obras, en donde, entendemos se encuentran las primigenias acogidas ideológicas, en relación a la conveniencia genética o hereditaria de determinadas uniones.

Intentaremos, en esta primera etapa del trabajo, lograr un panorama en cuanto a la naturaleza de esta ciencia, penetrando en las primeras manifestaciones al respecto, para luego introducirnos en el aspecto más científico de la Eugenesia.

El objetivo propuesto, en esta primera parte, es vislumbrar las fuentes filosóficas que, en definitiva, llevaron a los legisladores contemporáneos a incluir, en los ordenamientos jurídicos el *no padecer de una enfermedad* como requisito nupcial.

2. La Eugenesia en la antigüedad.

2.1. República (Platón).

Los estudios sociales y las leyes antiguas nos muestran ya una serie de instituciones que nos permiten vislumbrar ciertas posiciones sobre remedios prácticos respecto de los problemas de la herencia y de la selección.

En Grecia se practicaba el infanticidio con los recién nacidos cuya conformación era considerada no adecuada.

Uno de los principales pensadores de la antigüedad que aborda el tema de la Eugenesia es PLATÓN, quien resaltando lo controvertido e importante de la cuestión se plantea: “...Debemos formar los matrimonios más santos que nos sea posible; y los más ventajosos para el Estado serán los más santos pero: ¿cuales serán los más ventajosos...”¹

En este sentido, el gran autor griego acude a la idoneidad práctica de su discípulo para arribar a una conclusión más valedera y dice, refiriéndose a los matrimonios: *A ti te corresponde decírmelo Glauco. Veo que crías perros de caza y pájaros para la cetrería en gran número. ¿Has reparado en lo que se hace cuando se quiere aparearlos y que tengan crías?. ¿Te has fijado lo que se les hace cuando se los quiere aparear para tener hijos con ellos? ¿No hay siempre entre estos animales, aunque todos sean de buena raza alguno que supera a los demás?... ¿y es indiferente para ti tener hijos de todos o prefieres tenerlos de los que superan a los demás?*

De esta manera PLATÓN sugiere propuestas para mejorar los seres humanos a través de cruzamientos selectivos o calificados.²

Si bien en los aspectos precedentemente mencionados aparecen notorios elementos que demuestran una relación entre la selección de personas y la descendencia,

¹ PLATÓN. *República. Obras Completas*. Tomo III. Libro V Editorial Bibliográfica Omeba. 1967. página 236.

² En este sentido decía “...en calidad de legislador, harás una selección entre las mujeres, como la has hecho entre los hombres, y aparearás estos con ellas, teniendo en cuenta todas las semejanza posibles. Poner en manos del azar los apareamientos carnales y demás actos de una sociedad en donde los cuidados traten de ser dichosos, es cosa que ni la religión ni los magistrados permitirán...” PLATÓN. *República. Obras Completas*. Ob. Cit. Pag. 245.

consideramos que no hay mayor evidencia sobre la postura de PLATÓN en relación a la eugenesia que en los párrafos siguientes de su libro República, en donde señala: *“...Es preciso, según nuestros principios, que las relaciones de los sujetos selectos de entre ambos sexos sean frecuentes, y la de los sujetos inferiores muy raras; además es preciso criar los hijos de los primeros y no los de los segundos, si queremos que no degeneren el rebaño...”*³

Es claro y evidente que, el gran pensador toma partida por considerar que debe existir una especial tendencia para unir en matrimonio a personas bien dotadas biológicamente,⁴ para lograr de ellas el mejor resultado orgánico. Esto se exterioriza aun más cuando el autor reseña *“...En cuanto a los jóvenes que se hayan distinguido en la guerra o en otras cosas, se les concederá, entre otras recompensas, permiso para ver con mayor frecuencia a las mujeres. Este será un pretexto legítimo para que el Estado sea en gran parte poblado por ellos...”*⁵

Hacemos contacto con un *animus* manifiesto, de lograr, a través de la selección de sujetos, una mejora notable de la especie, un exaltamiento de la humanidad, pero solo desde la perspectiva física, quizás la arista más imperfecta que tenemos en comparación con el restante mundo animal.

Por último, aparece una visión cautelosa y temeraria, se le recomienda tener a los contrayentes una previsión, por la cual, a nuestro modo de ver, se describe el fin último de

³ PLATÓN. *República. Obras Completas*. Ob. Cit. Pag. 239

⁴ Decimos dotadas biológicamente, en el sentido de que las personas debían ser las más aptas para crear la mejor descendencia posible, lo cual es evidente porque PLATÓN requiere las más frecuentes relaciones entre esta clase de individuos y la mayor escasez de estas en los individuos inferiores.

⁵ PLATÓN. *República. Obras Completas*. Ob. Cit. Pag. 236.

esta ciencia y que, como pondremos de manifiesto más adelante, es curiosamente aplicable en la actualidad.⁶

En este sentido se dice que fuera de la edad para procrear (de los veinte a los cuarenta en la mujer, y hasta los cincuenta y cinco en el varón), dejaremos libertad para tener acceso carnal pero “...No se les permitirá sino después de haberseles prevenido expresamente, que no han de dar a luz ningún fruto concebido mediante tal unión...”

Aparece de esta manera la idea de lo autónomo como paradigma prescriptivo, que curiosamente, robustece las ideas que intentamos profesar.

Si bien ello representa un anhelo o una insinuación, en donde el principio bioético actual de la autonomía se hace presente y se refuerza, inmediatamente se evidencia ese temor del hombre hacia lo imperfecto o por lo menos aquello diferente, así queda plasmado en PLATÓN a través de los párrafos venideros: *si a pesar de sus precauciones naciese alguno deberán abandonarlos porque el Estado no se encargará de alimentarle...*⁷

Nos preguntamos: sobre qué recaía el miedo, ¿sobre el defecto físico?, ¿sobre el infortunio de los padres?, ¿sobre el peligro al debilitamiento de la familia?, o en realidad respondía a algo más profundo y peligroso: *una visión Estatal perfectista del hombre.*

2.2. Utopía (Tomás Moro).

TOMÁS MORO en su libro “Utopía” enuncia concepciones que, a nuestro entender, se sustentan en el

⁶ Ello será desarrollado en los puntos venideros. Ver *infra* Pto. 5 de este Capítulo.

⁷ PLATÓN. *República. Obras Completas*. Ob. Cit. Pag. 236.

tema de estudio, a saber: "...Los Utopianos toman en serio la elección del cónyuge..., una dama honrada y modesta muestra al pretendiente a su prometida completamente desnuda, sea virgen o viuda. A su vez un varón probo exhibe ante la novia al joven desnudo... Ellos sin inmutarse, hicieron ver su admiración ante la colosal tontería de los demás países tomáis infinitas precauciones a la hora de comprar un potrillo, asunto en verdad de poca monta. Os negáis a comprarlo aunque está casi en pelo, si antes no se le quita la silla y todos sus arreos, por miedo a que bajo todo esto haya alguna matadura. Y cuando se trata de elegir una mujer, elección que va a ser la delicia o el asco de toda la vida, obráis con negligencia dejáis el cuerpo cubierto con sus vestido y juzgáis a la mujer entera por una parte de su persona tan grande como la palma de la mano. En defecto solo su cara está descubierta y la lleváis con vosotros no sin riesgo de encontrar un defecto oculto hasta entonces, que os impide congeniar con ella..."⁸

Ha sido arduamente discutido estos párrafos en el sentido de determinar si conllevan pensamientos eugenésicos o no, ROYO MARTÍNEZ, al comentar la obra de este autor, entiende que en el texto transcrito no se hallan acogida de los pensamientos de PLATÓN sobre eugenesia, considera que TOMAS MORO advierte otra clase de cuestión.⁹ Posicionándonos en una visión crítica,¹⁰ entendemos que esto

⁸ MORO, Tomás. *Utopía*. Traducción de Pedro RODRÍGUEZ SANTIDRIÁN. Alianza Editorial S. A. Madrid. 1997. Pag. 203.

⁹ ROYO MARTINEZ, Miguel. "Prohibiciones nupciales en razón de enfermedad" En *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Instituto Editorial Reus. Madrid. 1950. Pag. 4.

¹⁰ A lo largo de esta obra se evidenciará una postura crítica, porque entendemos que toda concepción debe admitir la crítica, ya que tanto esta como la fundamentación constituyen funciones de la propia

no es así, puesto que desde un análisis específico se advierte un claro contenido eugenésico basado en la necesidad, que pone de manifiesto el autor, de advertir el estado íntegro de la persona con quien el contrayente celebrará las futuras nupcias.

Esto es comprensivo, a nuestro entender, no solo de los aspectos ligados a la identidad de la persona con quien se contraerá matrimonio, sino también en cuanto se refiere a las características físicas y psíquicas del otro futuro cónyuge y a la posibilidad de que, conforme a ello, pueda resultar perjudicada la prole.¹¹

Es cierto, por otro lado, que se vislumbra, en el contenido de las palabras de TOMÁS MORO, la existencia de dos institutos con vigencia en nuestra legislación actual, el error “in qualitatem”, y “el dolo”, ambos integrantes de los denominados vicios del consentimiento que operan en materia matrimonial.¹²

razón, admitir una postura inversa implicaría arbitrariedad.

¹¹ El motivo por el cual se presenta la mujer desnuda y se tiene muy en cuenta sus atributos físicos, no es otro, sino el mejoramiento del hombre desde la perspectiva biológica ya sea para la obtención de mejores guerreros, una raza más digna o el robustecimiento físico de la ciudad.

En igual sentido en las *Civitas solis de Campanella* se establecía que en los hombres y mujeres se presentan desnudos, y los magistrados determinaban cuales eran los más y los menos aptos para las uniones sexuales. Las mujeres bellas eran unidas tan solo con hombres bellos y altos, y los magistrados combinan las uniones según la constitución de los sujetos para que contemplándose, den buena raza.

¹² El dolo puede aparecer por la ocultación maliciosa de una enfermedad, dolencia o defecto, que de haber sido conocido por el sponsal sano este no habría accedido a las nupcias, y el error surge en relación a las cualidades personales del sujeto, entre las que se configura su estado físico, es decir aquí no se exige malicia o engaño, solo basta el dato objetivo de la existencia del mal u defecto (físico o

Cabe resaltar, que si bien tanto el dolo como el error son conceptos que tienen su esfera de acción dentro del campo específico de los vicios del consentimiento matrimonial, contemplando situaciones determinadas por la doctrina o la jurisprudencia, los mismos no escapan a los problemas jurídicos que emergen de la Eugenesia, a tal punto que, en ciertos casos, los resuelven de una manera mas práctica y sencilla ante las deficiencias de la ley.

2.3. Código indio de Manú.

En el libro III contiene prescripciones según las cuales el Brahman debe evitar, al unirse en matrimonio, el enlace con mujer perteneciente a diez tipos de familia en donde existiesen determinadas enfermedades o en donde sus miembros tuvieran características fisiológicas disvaliosas.¹³

2.4. Leyes de Moisés

Las leyes hebraicas, obra de Moisés, prohibieron las nupcias de epilépticos, leprosos, alcohólicos y tuberculosos.

psíquico). *Ver Infra Punto 4.2, del Capítulo VII de esta obra.*

¹³ Entre les cuales se menciona a "...la familia que no produce hijos varones ..." y aquellas cuyos miembros tienen el cuerpo cubierto de largos pelos o sufren de tisis, dispepsia, epilepsia, lepra blanca o elefantitis. Que el Brahman no se case con una muchacha que tenga los cabellos rojizos o... que esté a menudo enferma, o sea demasiada velluda..., o que tenga los ojos rojos...", "...Que escoja una mujer bien formada..., que tenga el modo de caminar gracioso de un cisne o de un pequeño elefante, cuyo cuerpo esté revestido de un ligero vello, cuyos cabellos sean finos, cuyos dientes pequeños..." DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique. *Matrimonio y Eugenesia. El impedimento matrimonial de enfermedad.* Editorial Guillermo Kraf Ltada. Buenos Aires. 1944. Pag. 8.

2.5. Leyes de Esparta

Impusieron el sacrificio de los recién nacidos enfermos, degenerados o mal conformados. Se presentaba al recién nacido a los ancianos que examinaban al niño, si estaba bien conformado y fuerte estos ordenaban criarlo, si había nacido mal y deforme lo llevaban al lugar llamado de los “*Apostatas*”, precipicio situado cerca de Tiageto. Incluso antes de esta presentación, las mujeres lavaban con vino, agua helada u orina a los recién nacidos para probar su carácter, y practicaban en ocasiones el infanticidio dejando morir al niño sin alimento ni cuidados.¹⁴

2.6. Ley Romana de las XII Tablas.

La ley romana de las XII tablas permitió que el padre matara al hijo gravemente deforme.

2.7. Leyes de las Partidas.

Durante el reinado del Rey Sabio, en la partida II, título XX, se hace específica mención a la necesidad de que el marido elija una mujer sana para evitar que los hijos nazcan enfermos

3. Escritores que abordaron el tema.

3.1. Pedro LÓPEZ MONTROYA

Sus enseñanzas con respecto a la Eugenesia se

¹⁴ SOUTULLO, Daniel. *La Eugenesia desde Galton hasta hoy*. Editorial Talasa. Literatus. Pag. 11.

sustentan en esta opinión: Si el prudente labrador, para coger buen fruto, considera y escoge con cuidado la tierra que ha de sembrar, grandísima imprudencia será del que pretende tener buena sucesión si primero no hace examen de la compañía que ha de tomar para este fin.¹⁵

3.2. HUARTE DE SAN JUAN

Coincidimos con el brillante jurista JIMENEZ DE ASÚA que en algunos párrafos de la obra de este autor (HUARTE DE SAN JUAN) se encuentran claras acepciones eugenésicas, entre ellos podemos citar el siguiente: “...¿No sería una locura casar a vuestra hija con un tritón, o con un jimio o sátiro, que todos tienen figura de hombre y son animales de otra especie, y tener nietos o descendientes tritones o jíminios?, pues no es menos yerro el que el vulgo hace cada día en los casamientos, no mirando más de la hacienda y riqueza, olvidando lo principal, que es la perfección de la naturaleza en la persona...”

Otro párrafo que describe un aspecto eugenésico en su enunciado es este: “...así verá el hombre cuando cuánto va en la compañera que toma por mujer para la perfección de sus hijos, y la mujer cuánto va en el compañero que toma por el semejante...”¹⁶

¹⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Libertad de amar y derecho a morir*. Editorial Losada S. A. Buenos Aires. 1942. Ps. 47 y siguientes

¹⁶ Este autor, en su libro “Examen de ingenios para las ciencias”, dedica 5 capítulos (XVII al XXI, ambos inclusive) al estudio de la eugenesia.

Los capítulos que sirven al presente estudio son:

Capítulo XVII: Donde se trata la manera donde los padres han de engendrar los hijos sabios, y el ingenio que requieren las letras.

Capítulo XVIII: Donde se declara con qué señales se conoce en

Es válido agregar con respecto a dicha obra que aunque JIMÉNEZ DE ASÚA, exalta las concepciones novedosas en ella previstas resaltando su “formidable originalidad”, hay que tener en cuenta que HUARTE atiende a las cualidades psicológicas y temperamentales mucho más que a las somáticas, lo que hace particular su estudio.

3.3. Charles DARWIN.

Los aportes de este autor a la eugenesia como ciencia constituyen una herramienta indispensable de la cual se iría a nutrir mas adelante Francisco GALTON quien fuera su primo.

Son numerosos los pasajes de sus obras *El Origen de la Especies* y *El origen del hombre y la selección en relación al sexo*, en donde se mencionan cuestiones que luego servirán de fundamento a las teorías de MENDEL y GALTON.

Entre otros, se puede mencionar un pasaje de la primera, donde DARWIN dice que la posibilidad de obtener razas distintas por cruzamiento, ha sido exagerada pues existen numerosos ejemplos que demuestran que una raza puede ser modificada por cruzamientos de cuando en cuando, si estos están ayudados por la cuidadosa selección de los individuos que presentan el distintivo que se desea.¹⁷

que grado de calor y sequedad está cada hombre.

Capítulo XIX: Donde se declara qué mujer con que hombre se ha de casar para que pueda concebir.

Capítulo XX: Donde se declara que diligencia se han de hacer para que salgan varones y no hembras.

Capítulo XXI: Donde se ponen las diligencias que se han de hacer para que los hijos salgan ingeniosos y sabios. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Libertad de amar y derecho a morir*. Ob. Cit. Ps. 47 y siguientes.

¹⁷ DARWIN, Charles. *El Origen de las Especies*. Editorial

4. La Eugenesia como Ciencia.

4.1. Juan Gregorio MENDEL.

Aun cuando HIPÓCRATES en la antigüedad se refería a la herencia o DARWIN escribía sobre la evolución el tema de Eugenesia es abordado con total integridad y especificidad por MENDEL quien formula las leyes de la herencia o leyes de MENDEL.

De 1857 a 1868 Juan Gregorio MENDEL, modesto religioso agustino del Konigskloster de Brunn (ciudad que los checos llaman Brno) hizo unas experiencias cruzando guisantes de olor vulgar que tienen de seis a siete pies de altura con su forma enana, que solo tiene de tres a cuatro pies y medio de altura.

Aquellas observaciones quedaron sepultadas en las revistas técnicas y cayeron en el más absoluto olvido, hasta que en 1900 fueron redescubiertas casualmente.¹⁸

MENDEL estudió detenidamente las obras de DARWIN,

Longseller. 2004.

¹⁸ El descubrimiento fue este: si se cruzan los guisantes de olor de forma vulgar, con los enanos en la generación inmediata todos son altos; en la segunda una cuarta parte es ya enana y otra cuarta parte pura, con lo que ya en la generación segunda, una mitad ha vuelto a la estirpe pura de las progenitoras. En las generaciones sucesivas se mantiene aproximadamente esta proporción, aunque no es invariable.

También se experimentó con otras plantas roedores y aves.

Los caracteres que se manifiestan aparentes desde la primera hora se designan con el título de dominantes y los que quedan amadrigados, para reaparecer luego, se llaman recesivos. Por herencia parece que se eliminan los primeros, pero se conservan los segundos. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Libertad de amar y derecho a morir*. Ob. Cit. Pag. 40

descubrió graves errores en su teoría y quiso rectificarlos con sus indagaciones en punto a la doctrina de la herencia, pero la ciencia era favorable a DARWIN, aun cuando los postulados de MENDEL gozaban de gran sustento empírico, no pudo obtener aquella conversión necesaria que exigía KHUN para cambiar el paradigma vigente.¹⁹

4.2. Francisco GALTON.

En sus Obras "*hereditary genius*", publicada en 1869 y "*Inquiries into human faculty and its development*" aparecida en 1884 hace un análisis minucioso de los factores hereditarios y en la última de ellas dá nombre a la nueva disciplina: "*Eugenics*", palabra de estructura griega y con antecedentes en la palabra *genea* (cuidado de la raza) y en sus derivados "*eugeneia*" y "*eugenes*". El vocablo pasó a nuestro idioma como "Eugenesia"²⁰

Para GALTON el objeto de la Eugenesia es el estudio de los factores sociales que pueden mejorar o debilitar los caracteres hereditarios de las generaciones futuras.²¹

Es fácil apreciar lo valioso que resultó para la ciencia biológica esta nueva disciplina, pero resulta muy difícil

¹⁹ Este destacado autor explicaba que las etapas en un revolución científica son a) la pre-científica, b) el logro o descubrimiento inédito, c) la conversión o aceptación de la comunidad científica, d) el paradigma o patrón aceptado d) la etapa de ciencia normal, e) la crisis y f) la revolución o cambio del paradigma por otro. KHUN, Tomás. *La estructura de las revoluciones científicas*. Editorial Fondo de Cultura Económica México. Pag. 13 y sgts.

²⁰ Cuan curioso resulta señalar que tanto GALTON como MENDEL nacieron en el mismo año y nunca se conocieron ni supieron de sus obras, aun cuando eran contemporáneos y sus investigaciones sobre la Herencia y la Eugenesia se vinculan estrechamente.

²¹DIAZ DE GUIJARRO, Enrique. Ob. Cit. Pag. 11.

advertir el destino social que GALTON tuviera en mente para la misma. Pese a ello, Monseñor TOTH nos acerca una interpretación al manifestar que "...Los fanáticos de la Eugenesia no habrían de olvidar que GALTON, el promotor de todo el movimiento, no quiso que la Eugenesia fuese independiente de la ética, sino antes bien quiso encontrarla con ella. En 1905 escribe que la Eugenesia es "un factor de la religión" ("as a factor in religion"). Y extiende la obligación de amar al prójimo hacia la generación venidera, aumentando así la importancia del matrimonio..."²² De esta manera podemos inferir que el padre de la Eugenesia, con la autoridad que le confiere la profundidad que le ha dedicado a su estudio, actualmente sería un claro opositor del impedimento matrimonial basado en fundamentos eugenésicos.

Por otro lado, es interesante destacar que GALTON no consiguió en vida que sus postulados alcanzasen la popularidad por él deseada pero, con posterioridad, tuvieron una alta difusión en diversos países.

Como dice SOUTULO, las ideas de GALTON pueden parecer hoy en día las ensoñaciones de un loco, pero nada más lejos de la realidad. Sus opiniones fueron compartidas, en mayor o menor medida, por importantes personalidades científicas y literarias de su tiempo.²³

²² THOT, Tihamér *Eugenesia y Catolicismo*. Traducción de M. I. Dr. Antonio SANCHO DE MALLORCA. 1º Edición. Editor Sociedad de Educación Atenas S. A. Madrid. 1942. Pag. 118.

²³ Como H.G. WELLS, George Bernard SHAW, Kart PEARSON o el propio Charles DARWIN. Asimismo, durante la primera mitad del siglo XX, las ideas eugenésicas llegaron a tener muchos seguidores entre la clase política y en la comunidad científica internacional, y fueron llevadas a la práctica en algunos países. Científicos como el físico William SHOCKLEY o el genetista Herman MULLER eran eugenistas

5. Encíclica “Casti Connubii”

La existencia de esta nueva ciencia trae aparejadas diferentes posturas o posiciones sobre la conveniencia o inconveniencia de su aplicación en cualquier campo fáctico y especialmente en lo relacionado con las prohibiciones nupciales basadas en argumentos eugenésicos

Es de gran importancia hacer referencia a la posición de la Iglesia sobre este tema, ya que la institución del matrimonio, que reconoce nuestro derecho positivo, tiene su origen en el derecho canónico.

Es verdad que nuestra ley de matrimonio civil (incorporada al C.C.) con todas sus modificaciones es la que rige los impedimentos que vedan la celebración de las nupcias ya que en nuestro Estado esta materia es estrictamente civil, pero este trabajo estaría incompleto si no formulamos la tesis de la Iglesia sobre la materia.

Además los fundamentos en los cuales se sustenta desde la perspectiva católica el repudio a la prohibición de las nupcias son de contenido profundo.

La Iglesia Católica ha manifestado su opinión contraria a las prácticas eugenésicas, por medio del Estado, a través de Pío XI y su Encíclica “Casti Connubii”.

La Encíclica expresa: “...Es, pues, necesario que sea reprobado este uso pernicioso que, próximamente, en verdad, se relaciona con el derecho natural del hombre a contraer matrimonio, pero que también pertenece, en cierto sentido

convencidos. El primero, Premio Nobel de Física e inventor del transistor, propuso la esterilización de todas aquellas personas cuyo cociente de inteligencia fuera inferior a 100. El segundo, Premio Nobel de Fisiología y Medicina. SOUTULO, Daniel. *La Eugenesia desde Galton hasta hoy*. Ob. Cit. Pag. 12.

verdadero, al bien de los hijos.

Hay algunos, en efecto, que, demasiados solícitos de los fines eugenésicos, no se contentan con dar ciertos consejos saludables para mirar con mas seguridad por la salud y vigor de la prole, lo cual desde luego, no es contrario a la recta razón sino que anteponen el fin eugénico a todo otro fin, aun de orden mas elevado, y quisieran que se prohibiesen por la publica autoridad contraer matrimonio a todos los que según las normas y conjeturas de su ciencia, juzgan que habrían de engendrar hijos defectuosos por razón de la transmisión hereditaria, aun cuando sean de suyo aptos para contraer matrimonio.

Mas aun: quieren privarlos por la ley hasta contra su voluntad, de esa facultad natural que poseen mediante intervención medica; esto no para solicitar de la publica autoridad una prueba cruenta por delito cometido o para precaver futuros crímenes de reo, sino contra todo derecho y licitud, atribuyendo a los gobernantes civiles una facultad, que nunca tuvieron ni pueden legítimamente tener. Cuantos obran de este modo perversamente se olvidan que es más santa la familia que el Estado, y de que los hombres no se engendran principalmente para la tierra y el tiempo, sino para el cielo y la eternidad. Y de ninguna manera se puede permitir a hombres, de suyo capaces del matrimonio, se los considere gravemente culpables si le contraen aunque se conjeture que aun empleando el mayor cuidado y diligencia, han engendrado hijos defectuosos.

De ordinario, eso sí, hay que aconsejarles que no lo contraigan. Los gobernantes no tienen potestad alguna directa en los miembros de sus súbditos; así, pues, jamás pueden dañar ni aun tocar directamente la integridad corporal donde no medie culpa alguna o causa de pena cruenta, y esto ni por causa eugénicas, ni por otras causas

cualesquiera...”²⁴

Pero entonces, debemos entender que la Iglesia católica a través de esta encíclica toma partida por desechar la eugenesia como ciencia encaminada a evitar la transmisión de determinadas enfermedades y la intención del hombre por crear una raza más digna físicamente. TOTH asevera que este fin no se ve afectado, ya que la Iglesia no condena el gran esfuerzo que intenta asegurar una generación humana más valiosa, más sana, más fuerte, más resistente en el trabajo.²⁵

Otra de las cuestiones que surgen es determinar que consejos toma la Iglesia de la Eugenesia, es decir, cuales son compatibles con su idiosincrasia. Sobre esto TOTH explica: si en la misma eugenesia negativa encontramos pensamientos aceptables, con mayor razón podemos tener por cierto que el sentir católico saluda con alegría todas las sanas orientaciones de la Eugenesia positiva y les presta ayuda²⁶, coincidimos con esta aserción porque entendemos que las legislaciones no deben, a través de normas, prohibir efusivamente la celebración de matrimonios entre personas afectadas de determinadas enfermedades, porque es fácilmente apreciable, que una prohibición nupcial absoluta no puede resolver un problema de esta índole.²⁷

²⁴ VIDAL TAQUINI, Carlos. *Matrimonio Civil. Ley 23.515*. 1° Edición. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1991. Pag. 84 (Nota a pie de pagina)

²⁵ THOT, Tihamér *Eugenesia y Catolicismo*. Ob. Cit. Pag. 114.

²⁶ Ver *Infra* 6.

²⁷ En este sentido se dice que la encíclica “Casti Connubii” acepta y pregona propiamente todo cuanto aconseja la eugenesia positiva bien orientada. Por ejemplo, subraya vigorosamente los deberes que tienen los padres de educar a los hijos, y con ello la vida de familia es más ordenada y sana.

Aprueba el examen medico practicado antes del matrimonio. Aunque no sea lícito prohibir el matrimonio a los enfermos, se puede y

6. Eugenesia positiva y negativa

Cuando GALTON introduce, a fines del siglo XIX, el término “*eugenics*” distingue entre la Eugenesia positiva que apunta a favorecer la reproducción de los individuos más dotados, y es en esta en la que insiste GALTON²⁸ y eugenesia negativa, que pretende limitar la reproducción de individuos tarados, socialmente inadaptados²⁹

6.1. Eugenesia negativa.

Entonces dentro del concepto de eugenesia negativa podemos encontrar:

El impedimento de la concepción, suprimiendo la vida en el umbral mismo de ella;

El aborto artificial, a través de la muerte provocada;

La prohibición de casarse para los que sufren de una

se debe educar la conciencia de los jóvenes para que ellos aprecien más que una rica dote el organismo no gastado y vigoroso, la valiosa materia de herencia, que ambos contrayentes llevan al matrimonio, y se abstengan espontáneamente del matrimonio, si de este han de nacer con toda probabilidad hijos enfermos o contrahechos.

La Iglesia hace importante labor eugénica, al predicar que no se contraiga matrimonio a impulsos de una pasión ciega, por efecto de un flirteo o de una conversación habidos en la sala de baile o por causas sociales y materiales. THOT, Tihamér *Eugenesia y Catolicismo*. Ob. Cit. Pag. 116/7.

²⁸ Ver *Supra* 4.2 de este Capítulo.

²⁹ *Diccionario de ética y de filosofía moral*. Tomo I. A-J. Publicación dirigida por Monique Canto-Sperber. Editorial Fondo de Cultura Económica. Mexico. D. F. 2001. Letra E.

grave transmisión hereditaria, este es quizás la cuestión más polémica, y la cual ha despertado el interés personal por esta investigación,

La esterilización eugenésica se intenta evitar, a través de mutilaciones genitales o biológicas, la posibilidad de procrear; ³⁰

La Eugenesia penal, el estado para defender el bien común mutila a determinadas personas que cometen determinados delitos para impedir que sus descendientes sigan el mismo obrar.

6.2. Eugenesia positiva.

Mientras la eugenesia negativa sirve de obstáculo para la procreación y retroalimentación de la especie, la eugenesia positiva edifica e intenta fortalecer la raza pero a través de ciertos consejos o principios implícitos.

Se puede sintetizar este concepto mencionando a:

³⁰ La ley alemana del 25 de junio de 1933 con el título de “*Gesetz zur Verhütung erbkranken nachwuchses*” (ley de prevención de una prole enferma por herencia) que entrara en vigor el 1 de enero de 1934 establecía la esterilización obligatoria en los siguientes casos:

1° Si según los datos de la ciencia médica, es probable que los descendientes sufran de graves enfermedades corporales o espirituales.

2° Si piden tal operación o los mismos interesados o los colegios oficiales de médicos , o instituciones curativas o penales ;

3° Si la *Erbgesundheits-Gericht*” (Tribunal de santidad Hereditaria) la decreta.

La educación de la humanidad para una conciencia seria de responsabilidad en relación a los males intrínsecos y extrínsecos existentes en la faz en la tierra;

La abstención del comercio carnal promiscuo; este es un mal de nuestros días, aunque, en cierta medida, ya era conocido en la antigüedad, sus consecuencias son altamente nocivas y la eugenesia aparece entonces como un medio idóneo para la gestación de una nueva conciencia sexual.

La postura de la eugenesia positiva puede ser validamente resumida por una frase de JONAS, quien decía que cada ser vivo es su propio fin, no está necesitado de ulterior justificación, y en esto el hombre no tiene ninguna ventaja sobre los demás seres vivos, excepto que solo el puede tener también responsabilidad por ellos, es decir, por la salvaguardia de su fin intrínseco.³¹

7. El problema: Los descubrimientos científicos, el derecho y su reacción frente a la realidad.

7.1. Los descubrimientos científicos y el derecho

Si bien los descubrimientos y adelantos tecnológicos (entre los que ocupa un lugar relevante los producidos en el campo de la biología y la medicina), han abierto amplias perspectivas para el progreso económico, social y cultural, esta evolución puede, sin embargo comprometer los derechos y libertades de los individuos y por ello requerirá una

³¹ JONAS, Hans. *El principio de Responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica.* Editorial. Erder. Barcelona. 1995. Pag. 172.

atención permanente.³²

Es así, que la evolución de determinadas ciencias, especialmente las del campo biológico, generan la duda, a los juristas, en relación a la manera en que el derecho debe constreñir los nuevos avances en las disciplinas, porque en plazos no muy lejanos la nueva realidad supera la normativa existente.

7.2. La reacción del derecho frente a la realidad

De esta manera, como mencionamos en la parte introductoria,³³ los diferentes Estados han dado una aplicación normativa a los principios que emergen de la nueva disciplina: *la Eugenesia*.

Esto ha ocurrido de manera discordante, en nuestro país, se crea una legislación denominada “*Ley de profilaxis de las enfermedades venéreas*” que es una ley ómnibus, porque abarca diferentes cuestiones, entre ellas su artículo 13 establece la prohibición de contraer matrimonio a las personas *afectadas de enfermedad venérea en periodo de contagio*.

La finalidad mediata de la norma consiste en evitar a través de ella que determinadas personas (afectadas por enfermedades venéreas) contagien la misma a su descendencia.³⁴

³² HOOFT, Pedro Federico. “Bioética y Derecho”. *Revista El Derecho* Tomo 132. Buenos Aires. 1989. Pag. 877. Ello surge de la Proclamación de Teherán, declaración fruto de las deliberaciones de las Jornadas Nacionales de Filosofía del Derecho.

³³ Ver *Supra*. Pto. 1 de este Capítulo.

³⁴ En realidad este era una de las finalidades de la norma, la otra que era más inmediata consistía en que quien intentaba contraer nupcias, a través del certificado medico prenupcial obligatorio tomara

La pregunta consistió en determinar si es esta la respuesta que el derecho debe aportar al estado de la ciencia, y más precisamente, si la eugenesia exige realmente una reacción del derecho o si debe circunscribir su aporte a un mero conocimiento particular de los interesados.

El rol del estado es crucial y la política legislativa aun más, HOYOS VÁSQUEZ dice, en este sentido, que más allá de explicaciones acerca del próximo mercado genético o de su efecto dominó, del diseño de bebés, no se excluye el peligro de un eugenismo positivo, una eugenesia que supere la simple terapia preventiva. Esto significaría que los padres y especialistas tendrían el derecho tanto de clonar como de actuar antes del nacimiento sobre características y aptitudes del futuro niño, quien como adolescente al tomar conocimiento de dicha manipulación se sentiría limitado de su libertad, podría pedir cuentas a quienes lo diseñaron y de todas formas no podría reconocerse como único autor de su biografía. La manera como nos comportemos con respecto a la vida humana prenatal determina en cierta forma si nos podemos auto comprender en un futuro como personas morales y si podemos comportarnos social y públicamente como tales.³⁵

Entonces nos encontramos con el siguiente dilema, ahora no solo la descendencia puede criticar desde un punto de vista moral los caracteres que le han transmitido sus padres³⁶ sino también desde una perspectiva jurídica³⁷,

conocimiento de la enfermedad que adolecía e intentara su curación.

³⁵ HOYOS VÁSQUEZ, Guillermo. "Moral Comunicativa y Bioética". *Revista de Jurisprudencia Argentina*. Tomo 2004-IV. Buenos Aires. 2004. Pag. 1123.

³⁶ Vale aclarar que decimos caracteres en el sentido que no solo la transmisión de enfermedades estaría comprendida sino que una persona podría, bajo argumentos Eugenesicos, reprochar a sus padres

entonces nos preguntamos: si se burla la prohibición que venimos analizando: ¿los padres tendrían un comportamiento antijurídico, del cual deberían responder ante la justicia?³⁸

la existencia de una prolongada nariz, ojos demasiado grandes, pera boluptuosa, etc.

³⁷ *Ver infra Punto 8 del Capítulo VIII.*

³⁸ Y lo que es peor se plantea en el caso que, por ejemplo, una persona pueda acceder a las nupcias sin presentar el certificado que establece su aptitud nupcial desde el punto de vista físico porque el Oficial del Registro omite pedirlo. Así accede al matrimonio y trasmite una enfermedad a su prole. La pregunta se plantearía de la siguiente manera ¿podría el hijo, llegado a una determinada edad demandar a su padre por su acto negligente de no presentar el correspondiente certificado cuando sabía que debía hacerlo? Si bien hacemos mención a ello, estas consideraciones serán expresamente analizadas en la parte pertinente de esta investigación.

8. Conclusiones parciales.

Una vez plasmada la síntesis de las situaciones de conflicto que pueden esgrimirse en relación a esta cuestión, es menester dejar en claro una primera aproximación al tema.

Sabemos que la verdad es aquello que siempre le va a faltar al saber, recordemos en este sentido la frase que demuestra la más profunda sabiduría: *solo sé que no sé nada*, partiendo de este dilema, la pregunta se hace evidente: entonces ¿como podríamos esgrimir una posición valedera sobre la cuestión?

Sabemos que en el campo de las ciencias sociales es muy difícil arribar a lo verdadero pero consideramos que el discurso dialéctico, interdisciplinario, e interideológico es, sin duda, la mejor opción.

Entendemos, siguiendo a STEPKE que como en el caso de la medicina que comparte con el derecho el ser disciplina y profesión y nutrirse de determinada ciencia para sus conceptos y técnicas, el ideal de objetividad absoluta, de la búsqueda de la verdad y de la infalibilidad del método y sus resultados pueden ser objetados radicalmente. Aun el más objetivo de los conocimientos –el del mundo sensible- para serlo ha de hacerse discurso.³⁹

En igual sentido afirma MALIANDI que se hace cada vez más clara la necesidad que los problemas morales sean sometidos a instancias dialógicas, porque se cobra conciencia de que la razón misma es dialógica, y esto significa que solo mediante la institucionalización de los discursos prácticos es

³⁹ LOLAS STEPKE, Fernando. “El derecho la científicidad y la sociedad de riesgo: un comentario bioético”. *Revista de Jurisprudencia Argentina*. Tomo 1999 IV. Buenos Aires. 1999. Pgs. 923 y sgts.

posible alcanzar las soluciones más razonables, aunque estas, debido a la estructura irremisiblemente conflictiva de los social, nunca sean perfectas. El tema de los comités de bioética en hospitales y otros centros de salud, es, desde hace tiempo, objeto de amplísimos debates y es notorio el aumento de las instituciones semejantes, o de proyectos o esfuerzos para organizarlas.⁴⁰

Entonces abogamos por un tratamiento integral de la cuestión que reúna el conocimiento de los planos jurídicos, filosóficos, sociológico y médico, para lograr la postura más certera sobre el campo de conflicto.

Esta es la única manera de abordar la problemática porque como mencionamos oportunamente,⁴¹ aunque la misma ya está instalada no ha sufrido los efectos profundos como los que en el futuro pueden acaecer. El artículo 13 de la ley 12.331 tiene vigencia desde hace 70 años, pero la realidad de entonces era muy diferente a la actual, y es harto sabido que *la falta de actualización normativa, especialmente en el ámbito matrimonial, puede crear una disfuncionalidad entre los enunciados normativos y la realidad.*

En este sentido hacemos mención de las personas afectadas de SIDA, enfermedad cuya vía de contagio mas saliente son las relaciones sexuales, y pese a que cierta parte de la doctrina la consideran excluida del enunciado del artículo 13 de la ley 12.331, nosotros en particular, consideramos que se halla ciertamente *incluida* por razones que expondremos oportunamente; aun cuando creemos que *no debería estarlo* por los inconvenientes jurídicos y prácticos

⁴⁰ MALIANDI, Ricardo. *Ética Conceptos y Problemas*. 3° Edición. Editorial Biblos. Buenos Aires. 2004. Pag. 143/4.

⁴¹ *Ver Supra Introducción.*

que ello produciría.⁴²

La situación se torna confusa y los resultados ilógicos o incongruentes, entonces la cuestión consiste en saber cual es el precio que debemos pagar por mantener en el ordenamiento jurídico una norma de esta índole, que no resuelve el conflicto sino que lo profundiza y que atenta contra uno de los principios jurídicos y bioéticos mas importantes en la actualidad: *el de autonomía*.

⁴² El tema es profundo y requiere de un análisis especial, por ello lo hemos consignado en un Capítulo, pero nos adelantamos a manifestar, en forma categórica, que el enunciado es claro en este sentido, es decir dentro del concepto de enfermedad venérea se halla comprendido el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida; Por otro lado, y desde un punto de vista social, entendemos que la existencia de un impedimento de esta naturaleza no obsta para que la transmisión del mal se produzca, con lo cual, la norma pierde la virtualidad que le dio razón de ser como tal.

9. Bibliografía del Capítulo.

DARWIN, Charles. *El Origen de las Especies*. Editorial Longseller. 2004.

DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique. *Matrimonio y Eugenesia. El impedimento matrimonial de enfermedad*. Editorial Guillermo Kraf Ltada. Buenos Aires. 1944.

HOOFT, Pedro Federico. “Bioética y Derecho”. *Revista El Derecho* T 132. Buenos Aires. 1989. Pgs. 877/885.

HOYOS VÁSQUEZ, Guillermo. “Moral Comunicativa y Bioética”. *Revista de Jurisprudencia Argentina*. Tomo 2004 IV. Buenos Aires. 2004. Pgs 1123/1128.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Libertad de amar y derecho a morir*. Editorial Losada S. A. Buenos Aires. 1942.

JONAS, Hans. *El principio de Responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*. Editorial. Erder. Barcelona. 1995.

KHUN, Tomás. *La estructura de las revoluciones científicas*. Editorial Fondo de Cultura Económica México.

LOLAS STEPKE, Fernando. “El derecho la científicidad y la sociedad de riesgo: un comentario bioético”. *Revista de Jurisprudencia Argentina*. Tomo 1999 IV. Pgs. 923 y sgts.

MALIANDI, Ricardo. *Ética Conceptos y Problemas*. 3º Edición. Editorial Biblos. Buenos Aires. 2004.

MORO, Tomás. *Utopía*. Traducción de Pedro Rodríguez Santidrián. Alianza Editorial S. A. Madrid 1997.

MONIQUE Canto-Sperber. *Diccionario de Ética y de Filosofía Moral*. Tomo I. A-J. Editorial Fondo de Cultura Económica. Mexico. D. F. 2001.

PLATÓN. *República. Obras Completas*. Argentina. Editorial Bibliográfica Omeba. 1967.

ROYO MARTINEZ, Miguel. "Prohibiciones nupciales en razón de enfermedad" Publicado en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Instituto Editorial Reus. Madrid. 1950.

SOUTULLO, Daniel. *La Eugenesia desde Galton hasta hoy*. Editorial Talasa. Literatus. Madrid. 1997.

THOT, Tihamer *Eugenesia y Catolicismo*. Traducción de M. I. Dr. Antonio Sancho de Mallorca. 1º Edición. Editor Sociedad de Educación Atenas S. A. Madrid. 1942.

VIDAL TAQUINI, Carlos. *Matrimonio Civil. Ley 23.515*. 1º Edición. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1991.

1. Introducción.

Durante principios del siglo XX, respondiendo a argumentos filosóficos y éticos expuestos en el Capítulo precedente, diversas legislaciones adoptaron prohibiciones nupciales sustentadas en aspectos biológicos de los seres humanos, especialmente en relación a la bondad física de quienes tenían intenciones de acceder a las nupcias.

Es decir, aquellos sujetos que padecían de determinadas enfermedades, establecidas arbitrariamente por el legislador del Estado pertinente, no podían acceder al matrimonio. Ello era precisamente para evitar la transmisión de éstas a la descendencia.

En nuestro país, como se apuntó oportunamente se crea la llamada ley de profilaxis de las enfermedades venéreas, cuyo argumento eugenésico subyace a todas luces, pero su aparición normativa no es para nada casual, sino que responde a una tendencia mundial de la época.

Con sustento en esta nueva disciplina, los diferentes sistemas jurídicos incorporan diversas disposiciones prohibitivas, cuya particular característica radica en la *multiplicidad de enfermedades que fueron comprendidas dentro de esta concepción eugenésica.*⁴³

⁴³ En *Alemania* se sanciona la “Ley para la protección de la salud de las generaciones futuras del pueblo alemán” (1935)

La ley para la protección de la salud de las generaciones futuras del pueblo alemán, del 18 de octubre de 1935, contiene la regulación más estricta y compleja sobre impedimento de enfermedad: Además de consagrarlo (art.1°), determina la nulidad absoluta de las nupcias que lo violen (art.3°,inc.1°), establece la demostración de la aptitud matrimonial por medio del certificado prenupcial (art.2°), fija el carácter transitorio del impedimento, por curación sobreviviente (art.3°,inc.2°) y señala su neto fin eugenésico en la denominación que

encabeza su articulado.

Por su evidente interés, voy a transcribir sus disposiciones esenciales:

Art.1° Se prohíbe contraer matrimonio:

a) Cuando uno de los novios padece una enfermedad contagiosa que hace temer que el otro o la descendencia sufra daños considerables en su salud;

c) Cuando uno de los novios, sin estar bajo tutela, adolece de una perturbación mental considerable, en virtud de la cual sea indeseable para la comunidad del pueblo que se contraiga el matrimonio;

d) Cuando uno de los novios padece una enfermedad hereditaria, en el sentido de la ley para impedir la procreación de enfermos con taras hereditarias.

La ley citada, en la parte aludida, dispone:

Art.1° Cualquier persona que se encuentre enferma de una dolencia transmisible por herencia podrá ser sometida a la operación quirúrgica necesaria para convertirla en estéril si, conforme a la experiencia de la ciencia médica es de esperar con gran probabilidad que su descendencia habrá de sufrir taras graves corporales o psíquicas

A los efectos de esta ley, se comprenderán bajo la expresión de enfermos con dolencias transmisibles o por herencia, los que adolezcan de alguna de las siguientes:

1°-Debilidad mental de nacimiento 2°-Esquizofrenia 3- Locura circulante 4°-Epilepsia hereditaria 5°-Baile de San Vito 6°-Ceguera hereditaria 7°-Sordera hereditaria 8°-Deformidades corporales graves transmisibles.

Lo dispuesto en la letra d) del inciso 1, no obsta a la celebración del matrimonio, cuando el otro novio es impotente.

Art.2° Antes de contraer matrimonio, los novios deberán demostrar, mediante un certificado de la Dirección de Sanidad (certificado de aptitud para el matrimonio), que no existe ningún impedimento matrimonial en el sentido del art.1°.

En *Portugal* el impedimento consta en el art.4°, inc. 4°, del decreto portugués del 25 de diciembre de 1910, para los divorciados por motivo de enfermedad contagiosa reconocida como incurables.

El decreto n° 20.121 del 28 de julio de 1931, prohíbe el matrimonio de los militares de la armada internados en sanatorios de

Como trataremos de demostrar, el exiguo sustento científico que existía en aquella época sobre la transmisión de determinados males a la prole, siembra un manto de duda

tuberculosos, en estaciones climaterias o auxiliados de cualquier modo por el Estado, salvo cuando la unión tiene por fin legalizar situaciones irregulares, y siempre que preexistan desde un año antes de recibir subsidios o auxilios del Estado, o cuando se trate de casamientos en artículo de muerte de cualquiera de los contrayentes. A estos tuberculosos se les permite bajo estas dos condiciones acumulativas:

a) transcurso de seis meses después de dejar de recibir subsidios de Estado

b) Examen por una junta médica del Ministerio de Marina, con dictamen favorable al connubio.

En *Francia* por ley del 15 de febrero de 1942, destinada a proteger la familia y especialmente la natalidad Francia ha establecido, con carácter obligatorio el certificado médico prenupcial.

En *Suiza y Dinamarca* el impedimento de enfermedad se encuentra legislado en las leyes de 1918 y de 1922, respectivamente, pero su eficacia se atenúa enormemente porque la unión es viable cuando se comunica la existencia de enfermedad al otro cónyuge; como también porque basta la declaración jurada para celebrar las nupcias.

Suecia tiene una ley de 1920, que conforme a su articulado se asemeja las de Suecia y Dinamarca precedentemente comentadas.

En *Turquía* por ley de 1921, ha impuesto el certificado prenupcial para ambos contrayentes.

El *Código Civil armenio* exige el certificado médico prenupcial en el artículo 438 del mencionado cuerpo.

En *Bulgaria* por ley de 1897, prohibió el matrimonio a los epilépticos.

En *Rusia* por el artículo 132 de código de familia de 1927, exige, como trámite previo al registro de los matrimonios, que los pretendientes declaren que se han informado recíprocamente de su estado de salud, sobre todo en cuanto a enfermedades pulmonares y venéreas.

En *Estonia* por ley de 1922, impide que se vinculen enfermos venéreos, leprosos y quienes padezcan afecciones crónicas, incurables y transmisibles.

sobre la correcta o incorrecta posición que el legislador debe adoptar frente a la aparición de un nuevo paradigma en la ciencia.

Esta incertidumbre se acrecienta más aun, cuando se analiza que tampoco el estado actual de la ciencia brinda certezas sobre el modo de transmisión de las enfermedades que forman parte de estas prohibiciones.

Comenzaremos mencionando algunas de los diversos males que han sido comprendidos como impedimentos para acceder al matrimonio.

2. Enfermedades comprendidas.

Como primera cuestión, es necesario abordar este tema haciendo mención de todas las enfermedades que históricamente, las diversas legislaciones, bajo pretextos eugenésicos, entendieron comprendidas en la prohibición nupcial.

Esto no significa que la totalidad de las legislaciones hayan incluido el conjunto de estas enfermedades, sino que hacemos mención a los padecimientos que, las distintas leyes han creído peligrosos para la pareja y la descendencia, por su transmisibilidad.

Para una comprensión más exacta del tema, comenzamos manifestando que la transmisión de una enfermedad puede devenir:

De una *transmisión vertical*, es decir, por vía transplacentaria, la madre infecta al feto. El hijo nace con la enfermedad en su estado congénito. (Nace infectado). Ej. Sífilis, gonorrea.

De una *transmisión hereditaria*, se transmite genéticamente de ascendientes a descendientes.

De una *transmisión sexual*, por contacto sexual. Ej. Sífilis, gonorrea. HIV.

2.1. Enfermedades de transmisión vertical.

Consisten justamente en la posibilidad de contagio que media cuando la madre de la persona por nacer se encuentra afectada por una dolencia transmisible.

Conforme al tipo de enfermedad de que se trate las madres infectadas pueden transmitir la infección a sus hijos por tres vías:

Dentro del útero, mediante propagación transplacentaria.

Durante el parto, a través del canal del parto infectado.

Después del nacimiento, por ingestión de leche.

El principal flagelo de la actualidad que, entre otras formas, se transite de esta manera es el SIDA. Esta enfermedad admite los tres supuestos contemplados precedentemente como vías de infección vertical.

De esta manera, resultaría de sólidos fundamentos la opinión de que, quienes padecen de esta enfermedad no pueda contraer matrimonio, puesto que, el peligro del contagio a la descendencia, justificaría el fundamento eugenésico de la prohibición nupcial.

Pero esta cuestión lejos está de resolverse de esta

forma, ya que el grado de certeza exigido para esta afirmación no es evidente en la transmisión vertical del SIDA. Las estadísticas sustentan nuestra postura:

Como señalamos oportunamente existen tres supuestos de transmisión vertical. De estas 3 vías la más frecuente en Estados Unidos es la transmisión durante el parto (intraparto) y en el periodo inmediatamente posterior (puerperal).

En el año 2001 las tasas de transmisión publicadas variaban entre el 7 % y el 49 % en las distintas partes del mundo.⁴⁴

En la mayoría de los lugares de Norteamérica, la tasa de transmisión perinatal oscilaba en torno al 25%. El riesgo de transmisión más elevado se asocia a una gran carga viral en la madre.⁴⁵

Ahora bien, en la actualidad, teniendo los debidos cuidados y diagnosticando precozmente la enfermedad se evidencia una disminución importante en la posibilidad de transmisión, que hace muy bajo dicho riesgo, así empleando cesárea electiva y AZT, el riesgo de transmisión disminuye a un 2 %.

En Argentina se realizó un estudio piloto con 19 mujeres embarazadas HIV + con carga viral > que fueron tratadas con AZT/3TC/NVP y cesárea electiva hemostática,

⁴⁴ En materia de HIV las estadísticas siempre se encuentran atrasadas, porque los avances se producen día a día, es por ello que estos datos en la actualidad son inocuos pero valen como referencia porque demuestran que la posibilidad de transmisión vertical de la enfermedad se vincula estrictamente con el nivel social cultural y económico del país que se trate.

⁴⁵ ROBBINS, COTRAN, KUMAR, y COLLINS. *Patología estructural y funcional*. 9 Edición. Editorial Mc Graw-Hill Interamericana. Buenos Aires. 2001. Pag. 253.

AZT intravenoso en el parto y 6 semanas de AZT oral al recién nacido. En estos supuestos, las pruebas realizadas a los niños resultaron negativas en un 100 % de los casos. ⁴⁶

Consideramos que existe una falta de certeza biológica precisa para incluir al SIDA como comprendido en el impedimento por su posible transmisión vertical, más aún, cuando las estadísticas demuestran que existen mayores posibilidades de que la descendencia sea sana de que la misma se infecte.

El tema adquiere gran relevancia jurídica, puesto que, en el caso del 51%, o 93%, o el 98%, o el 100% (según el supuesto que se tome) cuya descendencia sea sana, la prohibición nupcial contenida en el artículo 13 de la ley 12.331 violaría el principio constitucional de igualdad ante la ley, ya que el fin mediato perseguido por la misma (lograr una descendencia sana) sería cumplido tanto por el enfermo de HIV como por una persona sana. Vale aclarar que el fin inmediato, es decir, el profiláctico no se cumple con esta enfermedad.

2.2. Enfermedades de transmisión hereditaria

El padre enfermo transmite la carga genética a sus hijos, los cuales corren el riesgo de adquirir la enfermedad por herencia. Las enfermedades que se ajustan a este concepto y que han sido objeto de impedimento basado en razones eugenésicas son: el cáncer y la epilepsia.

⁴⁶ PUGA, Liliana, PUENTES, Teresita. "Transmisión vertical de la infección por HIV". En BENETUCCI, Jorge A. *Sida y enfermedades asociadas. Diagnóstico clínico y tratamiento*. 2da Edición. Editorial FUNDAI. Buenos Aires. Pag. 537.

2.2.1. El Cáncer.

La pregunta que surge con respecto a este tema, es saber si el cáncer es hereditario, es decir, si el hijo de un enfermo de cáncer adquirirá la enfermedad en algún periodo de su vida o si por el contrario es irrelevante. Esta cuestión es determinante para deducir si esta enfermedad debe estar incluida en las prohibiciones nupciales con fundamento eugenésico.

Históricamente han existido leyes que han consagrado esta enfermedad como impedimento, basándose en la influencia genética que el portador de la misma puede tener con respecto a su descendencia.

Primero haremos un análisis biológico de la enfermedad para luego arribar a conclusiones jurídicas sobre la misma. Así dicen ROBBINS, COTRAN, KUMAR, y COLLINS, con respecto a la pregunta inicial, que de acuerdo a los conocimientos actuales, la respuesta ha de matizarse con gran cuidado. Las pruebas indican que un gran número de tipos de cáncer, entre ellos los más frecuentes, no solo son importantes las influencias ambientales, sino que también existe una predisposición hereditaria.

Entre estos síndromes se encuentran varios cánceres bien definidos, en los que la transmisión hereditaria de un solo gen mutante aumenta mucho el riesgo de desarrollar un tumor. La predisposición a sufrir estos cánceres siguen patrón de herencia autosómico dominante. El ejemplo más espectacular de este grupo es el retinoblastoma infantil. Aproximadamente el 40% de los retinoblastomas son familiares. El riesgo de desarrollar este tumor, es 10.000 veces mayor en los portadores de este gen que en los no portadores. Además corren un riesgo mayor de desarrollar

otro cáncer que es el sarcoma osteogénico.⁴⁷

Pensamos que la idea de prohibir los matrimonios de aquellas personas que padecen de esta enfermedad es francamente inadmisibile, ya que nunca se podría cumplir el fin eugenésico con precisión, puesto, que, como manifestamos, en este caso tampoco hay una certeza en cuanto a la transición del mal a la prole.

Por otro lado, tampoco existe un fundamento profiláctico que dé razón de ser al impedimento, ya que la enfermedad actualmente, es incurable.

2.2.2. Epilepsia.

Esta enfermedad se manifiesta en un 75 % de los casos, antes de los 15 años, en muchos casos los síndromes que originan las crisis epilépticas en los niños desaparecen en la edad adulta.

El 30 % de los casos de epilepsia son de origen genético, otro 30% son de causa desconocida (criptogenéticas), alrededor del 40 % están originadas por malformaciones cerebrales, traumatismos craneoencefálicos, infecciones del sistema nervioso, meningitis, hemorragias intracraneales, tumores cerebrales, o trastornos metabólicos.

Como ocurre en los supuestos anteriores la cifras en los porcentajes de transmisión hereditaria no son muy

⁴⁷ En términos más simples, una persona portadora de un gen mutante (primer golpe) lo transmite a su descendencia, y esta a su vez a la propia, y así sucesivamente, mientras las personas portadoras de este gen posean genes normales no habrá peligro de desarrollar la enfermedad, pero la existencia en la misma de otro gen mutante (segundo golpe), provocará cáncer.

elevadas (30 % en este caso).⁴⁸

Aquí ocurre lo mismo que en el caso anterior, es decir no hay precisión ni grado de certeza en cuanto a la transmisión de la enfermedad, para incorporar una prohibición nupcial que incluya a la epilepsia dentro del enunciado que prohíbe el enlace matrimonial.

2.3. Enfermedades de transmisión sexual.

Este, actualmente, constituye el grupo de enfermedades que más interesan puesto que conforme a la redacción del artículo 13 de la ley 12.331 en Argentina, serían las enfermedades que, en el presente, formarían parte del impedimento matrimonial basado en fundamentos eugenésicos. Es decir, al prescribir el artículo “enfermedades venéreas”, y conceptualizadas estas por el diccionario como enfermedades contraídas generalmente por el trato sexual,⁴⁹ se advierte que en principio estas constituirían, el objeto de la prohibición nupcial.⁵⁰

⁴⁸ Por lo que se entiende que esta enfermedad tampoco puede verse comprendido en un impedimento basado en argumentos eugenésicos, ya que los mismos solo son eficaces, en este supuesto, en el 30% de los casos, y como es sabido la ley no puede contemplar casos concretos e individuales, sino que debe ser genérica y abstracta. El otro 70 % hábil para procrear descendencia sana se vería afectado inútilmente con la existencia del impedimento, constituyendo un trato desigualitario con respecto al resto de las personas sanas, ya que tanto estas últimas, como este 70% pueden engendrar hijos sanos. La injusticia es más notoria cuando vemos que estas estadísticas disminuyen día a día.

⁴⁹ *Gran Omeba. Diccionario Enciclopédico.* Tomo 12. Editorial bibliográfica Argentina. Buenos Aires. 1969. Letra E.

⁵⁰ Como enseña LABAL las enfermedades de transmisión sexual, son infecciones que se adquieren por contacto sexual. Cuando me refiero a infecciones en realidad quiero decir enfermedades infecciosas,

3. Enfermedades comprendidas en las diversas legislaciones.

Los tipos de enfermedades desarrollados con antelación no son caprichosos ni ilustrativos, es decir, diversas legislaciones han incluido dicho tipo de padecimientos en sus enunciados normativos, todos bajo argumentos eugenésicos y durante el auge de dicha disciplina.

Lo curioso resulta de la multiplicidad de dolencias que han formado parte de los diferentes enunciados prescriptivos, algunos Estados hablan de *epilepsias, ceguera y sordera hereditaria* (Alemania), otros de *enfermedades incurables* (Portugal), o *enfermedades venéreas y pulmonares* (Rusia), o

o sea infecciones en las cuales existe daño funcional y estructural del huésped.

De una u otra forma, las enfermedades de transmisión sexual, traen como consecuencia una alteración, más o menos grave de la salud del individuo.

Las enfermedades infecciosas son causadas por microorganismos, y estos se transmiten de un huésped enfermo portado, a otro sano

La virulencia, o sea el grado de patogenicidad que puede causar al huésped infectado, depende en gran medida del estado inmunológico del paciente. Los agentes etiológicos de las enfermedades de transmisión sexual pueden ser muy diferentes entre sí, según las características microbiológicas que los definen, como por ejemplo: bacterias, virus, hongos, protozoarios y artrópodos.

Dentro de cada uno de estos tipos de microorganismos, se pueden nombrar distintos agentes etiológicos específicos. Si además consideramos como enfermedad de transmisión sexual, las que se transmiten en la heterosexualidad, y en la homosexualidad. LABAL, Emilio, MAS COLOMBO, Eduardo, VALENZUELA, Amelia, RACCA, José N. ABELLA, María fernanda, RISUEÑO, Alicia E. *Enfermedades de transmisión sexual y SIDA*. Editor Enrique santiago Rueda. Buenos Aires. 1997. Pags. 30 y sgts.

enfermedades crónicas, incurables y transmisibles (Estonia) etc.

Nosotros nos preguntamos con qué rigurosidad científica, de transmisión de dichas dolencias, han sido previstas como requisitos para acceder a las nupcias, ello nos lleva a analizar, necesariamente y a *priori*, un tema candente: la *interrelación científica entre el derecho y la biología*.

4. Interrelación científica entre el derecho y la biología.

Es loable destacar que la interrelación entre el derecho y la ciencias biológicas adquiere unas simbiosis particular pues si bien ambas se interrelacionan funcionalmente, en muchos puntos entran en una colisión considerable.

Pero consideramos que, en este caso, el conflicto recae no en dicha inconexidad científica general sino en relación al carácter científico que debe tener *el derecho* en lo particular; especialmente cuando se nutre de elementos foráneos a su disciplina.

Como dice BIDAR CAMPOS, difícil y discutido resulta el concepto de ciencia más complicada se torna la cuestión cuando la epistemología tiene que habérselas con el derecho.⁵¹

5. El derecho frente a un nuevo paradigma.

Esta nueva ciencia de GALTON y MENDEL, basada en el estudio de la herencia, trae un desajuste en relación al

⁵¹ BIDART CAMPOS, Germán J. "Epistemología del Derecho. En honor a Werner GOLDSCHMIDT en sus 70 años." *Revista La Ley*. T. 1980-D Sección Doctrina. Buenos Aires. 1980. Pag. 1128

estado de ciencia normal, es decir al conocimiento existente en aquel entonces, como dice KHUN la ciencia normal, la actividad de la resolución de enigmas, es una empresa altamente acumulativa que ha tenido éxito eminente en su objetivo, la extensión continua del alcance y la precisión de los conocimientos científicos.

En este sentido, enseña el autor que, la ciencia normal no tiende hacia novedades fácticas o teóricas y cuando tiene éxito, no descubre ninguna. Sin embargo, la investigación científica descubre repetidamente fenómenos nuevos e inesperados y los científicos han inventado, de manera continua, teorías radicalmente nuevas.⁵²

Siguiendo el esquema de KHUN, es por ello que, la nueva concepción eugenésica produce un quiebre en relación a las ideas existentes, que a su vez engendra un impacto en las demás disciplinas.⁵³

Ahora bien, nos preguntamos a modo reflexivo *si es necesario mantener disposiciones prohibitivas, sustentadas en la existencia de un aparente cambio de paradigma que no ha logrado alcanzar el grado de certeza necesaria que requiere el reconocimiento legislativo del mismo.*

Señala ZAFFORÉ que tanto las sociedades como las personas *-son lo que fueron-*, pero principalmente porque pueden constituir una forma útil para mostrar de una manera más concreta que la adquisición y la construcción de

⁵² KHUN, Thomas. *La Estructura de las Revoluciones Científicas*. Editorial Fondo de Cultura. México. Pag. 92 y 93.

⁵³ Dice KHUN que la asimilación de un hecho de tipo nuevo exige un ajuste mas aditivo de la teoría en tanto no se ha llevado a cabo ese ajuste -hasta que la ciencia aprende a ver la naturaleza de una manera diferente -el nuevo hecho no es completamente científico. KHUN, Thomas. *La Estructura de las Revoluciones Científicas*. Ob. Cit. Pag. 93.

conocimiento y creencias forma parte del proceso evolutivo de construcción de la mente y por ende del conciencia y de la conducta humana que en definitiva, no se puede escindir del conocimiento científico del de la vida, pues los hombres nacemos con la capacidad y la necesidad imparables de conocer.⁵⁴

Si bien entendemos que la necesidad del científico, en el ámbito del derecho, de aferrarse y nutrirse de la experiencia y las circunstancias en las cuales surge una disposición legal, este, no debe olvidar el espíritu crítico y la revisión constante de la experiencia.

Esta necesidad de conocer debe mantener alerta al jurista, pero no predisponerlo a admitir posturas drásticas al contemplar el estado general de las cosas -en este caso la creación del artículo que estamos analizando- porque ello puede producir,-entendemos que ya se ha producido- *un desequilibrio cronológico entre el derecho y la medicina*.

6. La reacción del Estado frente a lo científicamente novedoso.

Ahora bien, analicemos la función del Estado como legislador, ante la existencia de una nueva concepción científica el legislador de 1936 entendió que debía tomar partida por la inclusión, en nuestro ordenamiento legal, de un impedimento matrimonial que estableciera una prohibición nupcial para acceder a las nupcias.

Parecería que a través de esta decisión legislativa el interés del Estado se antepuso a cualquier interés

⁵⁴ ZAFFORÉ, Jorge J. *Dos mundos una Epistemología*. Editorial Ciudad Argentina. Buenos Aires- Madrid. 2003. Pag. 25.

particular.

Esta posición absolutista encuentra cierto asidero en las palabras de IHERING, cuando sostenía que todo lo que se halla sobre el terreno del derecho ha sido creado por el fin y existe por causa de un fin, el derecho entero no es más que una creación final en la que la mayoría de los actos individuales se remontan a un pasado tan lejano que la humanidad ha perdido el recuerdo de ello.

Parecería que el tan anhelado fin del Estado se debe superponer a todo principio aun al de la autodeterminación individual, porque esta no sería posible sin la tutela paternal del Estado. Es quizás en Aristóteles y su autarquía que esta noción advierte su umbral.

Como enseña CASTAÑO Aristóteles llama ciudad a la comunidad perfecta formada por varias aldeas, una vez alcanzado el nivel de autarquía completa, habiendo nacido para la vida, existe para la vida buena. Explica el autor que para Aristóteles la causa final es lo mejor, la autarquía es el fin y algo excelente. En efecto, es precisamente gracias a la autarquía de la polis por lo que el hombre alcanza la suficiencia de vida, o la vida buena.⁵⁵

Ahora bien, este espectro citado ha sido el motivo de controversias profundas entre los juristas desde tiempos remotos pero: ¿tan tajante debe ser la distinción entre el interés privado y el público? ¿O tienen una perspectiva de interrelación y dependencia que no hace unilateral sus exigencias?

Entendemos que el interés positivo particular no hace

⁵⁵ CASTAÑO, Sergio Raúl. "El Imperio de la ley y los principios del Orden Político en Aristóteles" En DAMIÁNI A., MALIANDI R. (Comps). *¿Es peligroso argumentar? Estudios sobre política y argumentación*. Suarez. Mar del Plata. 2002. Pags. 285/86

más que cumplir con la finalidad del Estado, cuando se presenta dentro de los límites que este ha impuesto en forma genérica. Esto no sucede cuando el autoritarismo se desenvuelve como forma de gobierno, creando límites especiales que no permiten el ejercicio de la autonomía del sujeto.

Desde esta arista, GROCIO advierte, que las normas positivas presuponen la observancia de un conjunto de normas universales, dictadas por la recta razón (*dictatum rectae rationis*) e independientes del consentimiento humano. Por ejemplo, quienes establecen voluntariamente cualquier convención y la pueden hacer valer como norma del derecho positivo dentro de un estado necesitan admitir, al menos implícitamente, la norma del derecho natural que ordena que se deben cumplir los pactos. Los escépticos sostienen que la satisfacción de la utilidad privada es el único móvil de la acción humana. Sugiere, el autor, que la satisfacción del interés privado presupone la satisfacción de vivir en una sociedad pacífica y organizada con arreglo al entendimiento.

56

Por último, es loable añadir con HENKEL, siguiendo el sentido que venimos pregonando, que nuestra investigación ha de llegar a mayores profundidades, en cuanto que se plantea la pregunta de si- y hasta qué punto- le corresponde a los fines reales de la coactuación humana la significación de los datos previos del derecho.⁵⁷

⁵⁶ DAMIANI, Alberto Mario. "El nuevo animal político". En *Revista Devis Mortales*. Cuaderno de Filosofía Política. Numero 1, 2002. Pag. 265.

⁵⁷ HENKEL, Heinrich. *Introducción a la Filosofía del Derecho. Fundamentos del Derecho*. Traducción de Enrique GIMBERNAT ORDEING. Editorial TAURUS S.A. Madrid. 1968. Pag. 374.

7. La necesidad de la certeza en las ciencias jurídicas.

Tenemos dos cuestiones centrales con relación a este tema, por un lado se plantea el problema de la falta de certeza para determinar que enfermedades pueden estar comprendidas como impedimentos matrimoniales, y por otro aparece el rol del estado.

En cuanto al primer punto, entendemos que la ciencia no adquiere el grado de certidumbre necesaria para determinar el carácter transmisible de determinadas enfermedades, solo se sustenta en estadísticas parciales no generales, y el derecho toma esas estadísticas para convertirlas en verdades universales con los riesgos que ello puede producir.

Parece que el temor se apodera de la sapiencia del legislador y la respuesta se traduce en una prohibición universal para subsanar un problema de transmisión genética (como en ciertos países) o sexual (como en el caso de la ley argentina).

Esto es así, porque solo atañe a un grupo reducido y el rigor científico que se necesita para prohibir un matrimonio, y así evitar que un mal se transmita a la descendencia, brilla por su ausencia. En este sentido, BIDART CAMPOS explica que bastante difundido y aceptado es el criterio que enuncia que la ciencia, bajo cualquiera de sus formas, es siempre de lo universal y necesario, no hay ciencia de lo particular o individual.⁵⁸

La existencia de esta norma viola la igualdad, si bien reconocemos las divergencias empíricas sustentadas, en el caso, en la existencia de determinadas enfermedades.

⁵⁸ BIDART CAMPOS, Germán J. *Epistemología del Derecho*. Ob. Cit. Pag. 1128.

No pretendemos incurrir en un absolutismo de la igualdad, porque como dice ALF ROSS, analizando el concepto de justicia, la falta de reconocimiento de todas las diferencias reales significaría que todo el mundo ocuparía una posición jurídica idéntica.⁵⁹

Pero entendemos que, al no existir consideración genérica que determine la previsibilidad del fenómeno –entiéndase la transmisión hereditaria- no puede el derecho recepcionar el mismo con criterio de verdad.

8. El Estado –legislador frente a la ciencia.

En cuanto al rol del Estado, creemos que la acción impositiva del Estado es un fiel reflejo de su impotencia, la ecuación es la siguiente: no podemos determinar en forma fehaciente la posibilidad real de transmisión hereditaria de ciertas enfermedades, o el contagio venéreo por vía sexual o vertical, entonces creamos una disposición para evitar que estas enfermedades se transmitan, aun previendo que, en muchos de los casos, como mencionamos anteriormente,⁶⁰ estas dolencias no se heredan ni contagian.

Entendemos, que hasta el propio GALTON no tuvo en miras este destino ante su nuevo descubrimiento, porque advertía las deficiencias del mismo en su terreno fáctico, esto se evidencia en la propia definición de la nueva disciplina, cuando dice que es aquella que estudia los *factores sociales* que *pueden mejorar o debilitar* los caracteres hereditarios de las generaciones venideras.

⁵⁹ ROSS. Alf. *Sobre el Derecho y la Justicia*. Traducción de Gerardo R. CARRIÓ. Editorial EUDEBA. Buenos Aires. 1963. Pag. 262.

⁶⁰ Ver *Supra Pto 2. de este Capítulo*.

De esta manera se advierte, que el padre de la Eugenesia, conociendo las limitaciones humanas de la época, no aspiraba a determinar al Estado en forma directa para tomar partida drástica, por el contrario consideramos que al hablar de “factores sociales” existe cierta tendencia a admitir la aplicación del nuevo paradigma científico especialmente al plano de la autonomía individual o particular.

Evidentemente esta no es la concepción seguida por la mayoría de las legislaciones mundiales y mucho menos por la nuestra, pero a través de este trabajo intentamos poner en conciencia que la limitación existente en el actualidad, en el campo biológico - humano, no permite establecer las certezas necesarias para admitir, en nuestro ordenamiento jurídico, una disposición universal que prohíba contraer matrimonio a quienes padecen de enfermedades venéreas en periodo de contagio.

Más aun entendemos que el estado de la ciencia actual en este punto revive la posición de GIAMBATTISTA VICO, quien, como menciona DAMIANI, en su ambiciosa idea de formular una *Scienza Nuova* del mundo civil sostiene que “...la naturaleza solo puede ser conocida científicamente por Dios y que la mente humana es capaz de conocer solo su propia obra...”⁶¹

⁶¹ DAMIANI, Alberto Mario. *La Dimensión Política de la Scienza Nuova y otros estudios sobre Giambatista Vico*. Editorial EUEBA. Buenos Aires. 1998. Pag. 36.

9. Conclusiones parciales.

Como mencionamos durante el desarrollo del presente trabajo, parecería que el derecho intenta darle una solución moralista a un conflicto que requiere una objetivización científica para su realización empírica. A poco que se analice, se evidencia el peligro de intentar arribar, a través de la ley, a una perfección ética. En este sentido dice HENKEL no menos peligroso es fijarle al derecho el fin remoto de la realización de la moral, entendiendo por ello la perfección moral del individuo en el sentido de la doctrina de virtudes de una ética superior.⁶²

Al no poder establecer una generalidad aceptable, se pierde desde la perspectiva epistemológica, el grado de certeza que se requiere para que determinadas afirmaciones puedan ser consideradas científicamente puras.

Así, sin este grado de certeza, la norma prohibitiva expresa simplemente un anhelo: no contraigan matrimonio porque si ello ocurre el derecho infiere, sin sustento real ni científico, que se transmitirá el mal a la prole por lo tanto se deben prohibir los matrimonios de aquellos sujetos que adolecen de enfermedades venéreas.

¿...Qué pasa, si, como mencionamos en la parte pertinente, se demuestra todo lo contrario...?. Los cimientos de esta falsa idea ceden de tal manera que ponen en peligro de derrumbe la razón científica de la norma.

Es nuestro anhelo, a través del presente, dar ese golpe final para que la metáfora lingüística mencionada precedentemente se materialice, mediante la inmediata derogación de dicha disposición legal.

⁶² HENKEL, Heinrich. *Introducción a la Filosofía de derecho..* Ob. Cit. Pag. 595.

10. Bibliografía del Capítulo.

BIDART CAMPOS, Germán J. “Epistemología del Derecho. En honor a Werner Goldschmidt en sus 70 años.” *Revista La Ley*. T. 1980-D Sección Doctrina. Buenos Aires. 1980. Pags. 1128/1133.

CASTAÑO, Sergio Raúl. “El Imperio de la ley y los principios del Orden Político en Aristóteles” En DAMIÁNI A., MALIANDI R. (Comps). *¿Es peligroso argumentar? Estudios sobre política y argumentación*. Editorial Suárez. Mar del Plata. 2002. Pags. 283/320.

DAMIANI, Alberto Mario. “El nuevo animal político”. En *Revista Devis Mortales*. Cuaderno de Filosofía Política. Numero 1, 2002. Buenos Aires. Pags. 262/82.

DAMIANI, Alberto Mario. *La Dimensión Política de la Scienza Nuova y otros estudios sobre Giambatista Vico*. Editorial EUEBA. Buenos Aires. 1998.

Gran Omeba. Diccionario Enciclopédico. Tomo 12. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires. 1969.

HENKEL, Heinrich. *Introducción a la Filosofía del Derecho. Fundamentos del Derecho*. Traducción de Enrique Gimbernat Ordeig. Editorial TAURUS S.A. Madrid. 1968.

KHUN, Thomas. *La Estructura de las Revoluciones Científicas*. Editorial Fondo de Cultura. México.

LABAL, Emilio, MAS COLOMBO, Eduardo, VALENZUELA, Amelia, RACCA, José N. ABELLA, María

Fernanda, RISUEÑO, Alicia E. *Enfermedades de transmisión sexual y SIDA*. Editor Enrique Santiago Rueda. Buenos Aires. 1997.

PUGA, Liliana, PUENTES, Teresita. “Transmisión vertical de las infección por HIV”. En BENETUCCI, Jorge A. *Sida y enfermedades asociadas. Diagnostico clínica y tratamiento*. 2da Edición. Editorial FUNDAI. Buenos Aires. 2002.

ROBBINS, COTRAN, KUMAR, y COLLINS. *Patología estructural y funcional*. 9° Edición. Editorial Mc Graw-hill Interamericana. Buenos Aires. 2001.

ROSS. Alf. *Sobre el Derecho y la Justicia*. Traducción de Gerardo R. CARRIÓ. EUDEBA Editorial Universitaria de Buenos Aires. 1963.

ZAFFORÉ., Jorge J. *Dos mundos una Epistemología*. Editorial Ciudad Argentina. Buenos Aires- Madrid. 2003.

1. El requerimiento de la Liga Argentina de Profilaxis Social.

El tema de la necesidad de recurrir al examen médico prenupcial fue planteado inicialmente ante el Congreso en una petición de la Liga Argentina de Profilaxis Social, con fecha del 10 de junio de 1921 que tuvo entrada en el Senado, el 12 de junio de ese año.

El contenido de esta solicitud es de particular relevancia para los argumentos conclusivos del presente estudio por lo específico de la petición, y principalmente por la coherencia en cuanto al ámbito legislativo donde debería haberse incluido el impedimento. El requerimiento solicitaba una reforma al Código Civil (capítulo referido al matrimonio) para que se incluyera la exigencia del certificado médico para ambos contrayentes, quienes deberían presentarlo ante el funcionario de Registro Civil.

2. Proyectos de sanción de la ley de profilaxis.

2.1 El Proyecto de BARD.

El primer proyecto de ley fue del diputado Leopoldo BARD⁶³, presentado el 6 de julio de 1922, en líneas generales,

⁶³ Art. 1° Modifíquese en el capítulo I, “régimen del matrimonio” Art.2° agregando un 8° inciso.

Toda persona del sexo masculino que desee contraer matrimonio deberá, en los quince días precediendo al de la fecha de realización de ese acto en el Registro Civil, ser examinado con el fin de comprobar si está o no atacado de enfermedad venérea.

Esta certificado será extendido por un médico autorizado por la siguiente ley y redactado en la siguiente forma: Yo (nombre del médico), médico legalmente autorizado, certifico que en (fecha) he practicado el examen al señor... y creo que está indemne de toda afección venérea.

sus aspectos salientes consistían en la no presencia de una enfermedad venérea en los esponsales como requisito necesario para acceder a las nupcias, certificados médicos prenupciales obligatorios y sanciones a los funcionarios del Registro Civil que no hubiesen exigido el certificado y a los médicos que hubieran hecho falsas declaraciones al extenderlo.

Sobre esta propuesta es menester realizar dos puntos

(Firma del médico).

En el capítulo V “De las diligencias previas a la realización del matrimonio”

En el artículo 19 agréguese incisos 4°,5° y 6°.

Inciso 4° A los efectos de proceder a los exámenes, en la Capital Federal se creará, en el Departamento Nacional de Higiene, una oficina especial, a los efectos de otorgar los certificados de sanidad antenupciales.

En las provincias y territorios nacionales los certificados serán extendidos por los departamentos de salubridad o dependencias del Departamento Nacional de Higiene.

Inciso 5° En aquellos puntos alejados de los centros urbanos, el certificado será extendido por los médicos de policía o municipales.

Inciso 6° Ningún acta de matrimonio será registrada, sin que el cónyuge del sexo masculino haya obtenido de los médicos que se determinan, un certificado comprobatorio de no contaminación venérea.

Modifíquese en la ley de matrimonio, capítulo XV, “Disposiciones generales”, agregando al artículo 107, los incisos 1 y 2.

Inciso 1° Todo funcionario del Registro Civil que haya otorgado la libreta de casamiento sin haber presentado el certificado requerido por el artículo 2°, inciso 8°, será culpable de delito, siendo pasible de prisión de uno a tres años y pérdida del empleo.

Inciso 2° Todo médico que a sabiendas y voluntariamente haya hecho falsas declaraciones en el certificado prescrito por el artículo 2°, inc. 8°, no podrá ejercer la profesión en todo el territorio de la República durante tres años. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, Año 1922, tomo 1, Pag 258.

de vistas, uno positivo concerniente al buen criterio de reformar el Código Civil a los fines de incorporar un nuevo impedimento para lograr una armonía jurídica. No nos referimos a la necesidad de incluir el impedimento de enfermedad en la forma que prescribe el proyecto (cuestión que abordaremos más adelante), sino a la técnica legislativa empleada.

Pero por otra parte, la reforma propuesta parece incompleta e inexacta, esto es así, en primer lugar, porque no determina la consecuencia del acto cuando el mismo ha sido celebrado mediando el impedimento. Y en segundo lugar, lo consideramos inexacto porque el artículo 1° propone agregar un octavo inciso al artículo segundo de la ley de matrimonio civil, cuando el mismo no tiene incisos, entendemos que, en realidad, BARD quería hacer referencia al artículo 9° de la ley 2.393 que contiene 7 incisos y que detalla los impedimentos matrimoniales.

2.2. El Proyecto de GRAU.

La segunda iniciativa fue del diputado José María GRAU⁶⁴, presentada el 8 de agosto de 1928.

⁶⁴ Los artículos esenciales del proyecto dicen:

Art.1° Desde la promulgación de la presente ley, los Registros civiles no efectuarán contratos de matrimonio si los contrayentes no presentan un certificado de buena salud (certificado prenupcial) expedido con autorización del departamento Nacional de Higiene en el caso de la Capital Federal y territorios nacionales o de las correspondientes reparticiones sanitarias en el caso de las provincias, en el que consten que no están atacados de avariosis con manifestaciones clínicas, tuberculosis con lesiones abiertas y en período de contagio, lepra, cáncer epilepsia y que no poseen vicios como el alcoholismo en la forma crónica o toxicomanías.

Art. 2° El certificado a que se refiere el artículo 1°, como así

Este proyecto, a diferencia del anterior, se caracteriza por no tener una debida adecuación con el Código Civil, además incluye una serie de enfermedades que, como ya hemos mencionado, son inocuas en cuanto a la finalidad teleológica de la norma

Tampoco establece cual es la consecuencia de la celebración de las nupcias en contravención con el proyecto, transformando su articulado en una mera declaración lírica sin consecuencias jurídicas.

Como se pone de manifiesto, la normativa incurre en el error de incluir una serie de enfermedades cuya falta de sustento científico en relación a su transmisibilidad es claramente evidenciable⁶⁵.

2.3. El Proyecto de GIMÉNEZ.

El 5 de junio de 1935 Ángel GIMÉNEZ presenta a la Cámara de Diputados un proyecto sobre “Organización del tratamiento de enfermedades venéreas en todo el territorio de la nación”⁶⁶

también la revisión médica, análisis o investigaciones pertinentes serán gratuitos.

Art. 4° Los funcionarios sanitarios que hagan a sabiendas falsas declaraciones en los certificados a los que se refiere el artículo 1° y los de Registro civil que otorguen actas de matrimonio en infracción a la presente ley, serán castigado con prisión de seis meses a tres años. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, Año 1928, Tomo 3, Pag 109.

⁶⁵ Ver *Supra* Pto. 1 del Capítulo II, en especial la cita de dicho punto. (cita 43).

⁶⁶ Sus dos artículos más importantes prescriben:

Art. 23. En el Código Civil serán introducidas las siguientes reformas: Art.166. son impedimentos para el matrimonio: 8° Padecer de una enfermedad venérea.

Art.176. los futuros esposos deberán presentar en el mismo acto. (se establecen una serie de requisitos)

Cada uno de los futuros esposos deberá declarar por escrito de que no padecen de una enfermedad venera. A tal fin se les entregara con quince días de anticipación un formulario que contendrá una declaración en los siguientes términos:

El que suscribe... (nombre y apellido)... de... años de edad, de nacionalidad profesión ... domiciliado en... declara por su honor y por su conciencia que no tiene impedimento

Alguno al matrimonio y no padece de una enfermedad venérea.

Localidad... fecha... firma del interesado El interesado, si lo desea, podrá hacerse examinar por un medico, para lo que en la misma hoja del registro civil que deberá ser llenado por el médico certificante de acuerdo con el siguiente texto:

Certificado de salud para el matrimonio

El médico que suscribe certifica haber examinado a..., que dijo tener... años de edad, de estado... de nacionalidad... domiciliado en... no habiendo encontrado ningún signo actual de enfermedades venéreas, infecto contagiosas, ni taras hereditarias ni adquiridas. Las dos reacciones serológicas efectuadas en lo días...y...en el laboratorio... han sido negativas dado a pedido del interesado que firma de conformidad (firma del interesado y firma del medico).

Art. 224. Las causas de divorcio son las siguientes:

c)La transmisión de una enfermedad venérea

Las propuestas vertidas en el proyecto son:

a) incluye como impedimento en el artículo 9 de la ley 2393 “parecer de una enfermedad venérea”

b) Agrega a las diligencias previas de que habla el artículo 19, la declaración de cada uno de los futuros de esposos con respecto a que no padecen de enfermedad venérea; manifestación que puede completarse, voluntariamente, con un examen medico, caso en el cual deberá agregarse a tal declaración el certificado que otorgue el facultativo.

c) Transmisión de enfermedad venérea como causal de divorcio.

Art.1° Declárase obligatorio el certificado de salud prenupcial, previa revisión medica, para quienes deseen contraer matrimonio.

Art. 2° No podrán contraer matrimonio los hombres afectados de enfermedades infecto contagiosas incluidas la lúes, en periodo de

contagio.

Art.3° No podrán contraer matrimonio, las mujeres afectadas de enfermedades infectocontagiosas incluida la lúes, en periodo de contagio.

Art. 4° El certificado de salud prenupcial será expedido por los jefes de servicios médicos nacionales y municipales, por las oficinas técnicas del departamento Nacional de higiene y en todos los exámenes los contrayentes tienen el derecho de ser acompañados, además de sus familiares, por un medico particular, quien también dará su opinión. En caso de desacuerdo, el certificado será otorgado por la Presidencia del Departamento Nacional de Higiene u otra autoridad medica por delegación.

Art. 5° En los pueblos donde no existen oficinas con delegaciones del Departamento Nacional de Higiene, la revisión prenupcial será efectuada por el medico de policía o municipal o el existente. En las localidades donde solo exista un medico, el pretendiente que considerase injusto el resultado de un examen prenupcial, podrá recurrir por nota ante el departamento Nacional de Higiene, quien resolverá ante la historia clínica remitida por el medico examinador o arbitrara otras medidas pertinentes para la resolución definitiva.

Art. 6° Solo se excluirán del certificado de salud prenupcial a los contrayentes de matrimonios en trance de muerte, efectuado para regularizar una situación anterior, sentimental o material.

Art. 7° El médico que diera un certificado de complacencia será multado con \$500 moneda nacional la primera vez, y la segunda, suspendido durante seis meses en el ejercicio profesional.

Art. 8° El jefe del registro civil exigirá el certificado de salud prenupcial previamente a todo trámite de inscripción del matrimonio.

Art.9° Los contrayentes que tengan una entrada mensual superior a \$500moneda nacional, abonaran \$20 moneda nacional por cada uno de los certificados de salud prenupcial y los que tuviesen mas de \$1000moneda nacional abonaran \$50 moneda nacional.

Art. 10° El poder ejecutivo reglamentara la presente ley, quedando autorizado, previa información del Departamento Nacional de Higiene, a incluir las enfermedades infectocontagiosas que considerase necesario como causa de postergación del matrimonio, además de las venéreas, tuberculosis, sífilis, tracoma, y lepra. Diario de Sesiones de

Este proyecto, olvida incluir en el capítulo sobre la nulidad del matrimonio, la disposición correlativa al nuevo impedimento que crea.

2.4. El Proyecto de PADILLA.

El 30 de mayo de 1934 tiene entrada en la Cámara de diputados un proyecto presentado por el profesor Tiburcio PADILLA⁶⁷, sus principales propuestas recaían en los

la Cámara de Diputados, Año 1933, Tomo 4, Pag 411.

⁶⁷ Sus artículos eran los siguientes:

Art.1° Declárase obligatorio el certificado de salud prenupcial, previa revisión medica, para quienes deseen contraer matrimonio.

Art. 2° No podrán contraer matrimonio los hombres afectados de enfermedades infecto contagiosas incluida la lúes, en periodo de contagio.

Art.3° No podrán contraer matrimonio, las mujeres afectadas de enfermedades infectocontagiosas incluida la lúes, en periodo de contagio.

Art. 4° El certificado de salud prenupcial será expedido por los jefes de servicios médicos nacionales y municipales, por las oficinas técnicas del departamento Nacional de higiene y en todos los exámenes los contrayentes tienen el derecho de ser acompañados, además de sus familiares, por un medico particular, quien también dará su opinión. En caso de desacuerdo, el certificado será otorgado por la Presidencia del Departamento Nacional de Higiene u otra autoridad medica por delegación.

Art. 5° En los pueblos donde no existen oficinas con delegaciones del Departamento Nacional de Higiene, la revisión prenupcial será efectuada por el medico de policía o municipal o el existente. En las localidades donde solo exista un medico, el pretendiente que considerase injusto el resultado de un examen prenupcial, podrá recurrir por nota ante el departamento Nacional de Higiene, quien resolverá ante la historia clínica remitida por el medico

certificados obligatorios, y la inclusión de enfermedades diversas entre ellas la tuberculosis. Además ampliaba aun más el espectro de enfermedades porque le asignaba al Poder Ejecutivo la facultad de incluir otras por decretos, por último contemplaba sanciones para los médicos que otorgaran dichos certificados sin el debido control

De todos los proyectos enunciados este es el único que contempla casos de excepción (el supuesto de matrimonio en trance de muerte), nada dice acerca de la nulidad de las nupcias y prevé el certificado obligatorio para ambos cónyuges.

3. Sobre el debate parlamentario

examinador o arbitrara otras medidas pertinentes para la resolución definitiva.

Art. 6° Solo se excluirán del certificado de salud prenupcial a los contrayentes de matrimonios en trance de muerte, efectuado para regularizar una situación anterior, sentimental o material.

Art. 7° El médico que diera un certificado de complacencia será multado con \$500 moneda nacional la primera vez, y la segunda, suspendido durante seis meses en el ejercicio profesional.

Art. 8° El jefe del registro civil exigirá el certificado de salud prenupcial previamente a todo trámite de inscripción del matrimonio.

Art.9° Los contrayentes que tengan una entrada mensual superior a \$500moneda nacional, abonaran \$20 moneda nacional por cada uno de los certificados de salud prenupcial y los que tuviesen mas de \$1000moneda nacional abonaran \$50 moneda nacional.

Art. 10° El poder ejecutivo reglamentara la presente ley, quedando autorizado, previa información del Departamento Nacional de Higiene, a incluir las enfermedades infectocontagiosas que considerase necesario como causa de postergación del matrimonio, además de las venéreas, tuberculosis, sífilis, tracoma, y lepra. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, Año 1934, Tomo 1, Pag 662.

3.1. La Cámara de Diputados

Los Proyectos de GIMÉNEZ y PADILLA fueron los que tuvo en cuenta la Comisión de Higiene y Asistencia Social de la Cámara de Diputados, la cual en 1935 produce el siguiente articulado, que en cuanto a nuestra materia se refiere quedó establecido de la siguiente forma:

Art.1 La presente ley está destinada a la organización de la profilaxis de las enfermedades venéreas en todo el territorio de la Nación, y comprende en su denominación genérica a la sífilis, la blemorragia, el chancro blando y el granuloma venéreo

Art.12 Declárese obligatorio el certificado de salud prenupcial para el hombre, previo examen médico y para la mujer solo se exigirá declaración de no padecer de enfermedad venérea.

Art.13 No podrán contraer matrimonio las personas afectadas de enfermedad venérea en periodo de contagio.

Art.14 Exímase del certificado prescripto en el artículo 12 a los contrayentes de matrimonios para regularizar situaciones anteriores o los que se hallen en artículo de muerte. El dictamen fue aprobado aunque se suprimió el artículo uno tras la lucida apreciación del diputado IRIONDO.⁶⁸

⁶⁸ Es relevante poner de manifiesto la disidencia del diputado Juan F. CAFFERATA quien se pronunciaba por la inclusión del análisis voluntario de los contrayentes.

3.2. La Cámara de Senadores

El texto antes descrito fue modificado por la Comisión de Legislación General del Senado, quedando la normativa del siguiente modo:

Art.16 Las autoridades sanitarias deberán propiciar y facilitar la realización de exámenes médicos prematrimoniales. Los jefes de los servicios médicos nacionales y los médicos que las autoridades sanitarias determinen, están facultados para expedir certificados a los futuros contrayentes que lo soliciten.

Estos certificados deberán expedirse gratuitamente serán obligatorio para los varones que hayan de contraer matrimonio.

No podrán contraer matrimonio las personas afectadas de enfermedad venérea en periodo de contagio.

Además se incluyó el siguiente artículo:

Art.18 En la misma pena incurrirán los oficiales del Registro Civil que autorizaren un matrimonio sin exigir el certificado que establece el artículo 16. En caso de reincidencia se les duplicará la pena y serán exonerados.⁶⁹

⁶⁹ Como explica DIAZ DE GUIJARRO, las diferencias entre ambos despachos son que en el despacho de la Cámara de Diputados se exigía una declaración de la mujer por la cual declarase que no padecía de enfermedad venérea.

Por otro lado la eliminación de las causas especiales que preveía el despacho de la Cámara de diputados, que eximían del certificado prenupcial: matrimonio “in extremis” y concubinato preexistente. Y por ultimo, la sanción para los funcionarios del Registro Civil que autorizaren el matrimonio sin exigir el certificado prenupcial,

4. La llamada ley de profilaxis de las enfermedades venéreas (12.331) y la ley 16.668

4.1. Sanción de la ley 12.331

El 17 de diciembre de 1936 tras debates de menor importancia el proyecto fue convertido en ley, la 12.331, cuyo artículos más trascendentes en cuanto a nuestro objeto de estudio son:

Art. 13. Las autoridades sanitarias deberán propiciar y facilitar la realización de exámenes médicos prenupciales. Los jefes de los servicios médicos nacionales y los médicos que, las autoridades sanitarias determinen, estarán facultados para expedir certificados a los futuros contrayentes que lo soliciten. Estos certificados, que deberán expedirse gratuitamente, serán obligatorios para los varones que hayan de contraer matrimonio. No podrán contraer matrimonio las personas afectadas de enfermedad venérea en periodo de contagio.

Art. 16. Las sanciones a las prohibiciones en el artículo 12, serán penadas con multas de veinticinco pesos a quinientos pesos. En la misma pena incurrirán los oficiales del Registro Civil que autoricen un matrimonio sin exigir el certificado que establece el artículo 13. En caso de reincidencia se les doblará la pena y serán exonerados.

4.2. La ley 16.668.

la cual solo se contempla en el despacho aprobado en el Senado. DIAZ DE GUIJARRO, Enrique. *Matrimonio y Eugenesia*. Ob. Cit. Pag. 132.

El 21 de julio de 1965 se promulga la ley 16.668 cuyo aspecto más trascendente consiste en la obligatoriedad del certificado médico prenupcial para ambos contrayentes

Esto es así puesto que la ley 12.331 solo se refería a los contrayentes varones, aunque varios proyectos anteriores a la ley abogaron para que ese requisito sea exigible a ambos cónyuges.

La ley 16.668 al determinar la obligatoriedad del certificado médico prenupcial para las personas del sexo femenino vino a poner fin a una notoria injusticia que, conforme a los fundamentos en los que se sustenta el impedimento matrimonial de enfermedad, este no debe ser exigible solo para los varones. Es decir, la prohibición de las nupcias por razón de enfermedad se basa en el peligro de contagio al cónyuge y a la descendencia, y al ser exigido el control solo para el hombre este peligro no desaparece ya que tanto este como la mujer pueden ser portadores de una enfermedad transmisible.

El articulado pertinente a esta ley es el siguiente:

Art. 1 Declárese obligatorio en todo el territorio de la nación la obtención del certificado prenupcial para los contrayentes del sexo femenino.

Art. 2 Los exámenes médicos respectivos deberán ser practicados por los organismos dependientes del Ministerio de Asistencia Social y Salud Pública de la Nación, de la Municipalidad de la Capital Federal y los servicios asistenciales provinciales y municipales, en iguales condiciones que los practicados a las personas del sexo masculino. En todos los casos los certificados deberán ser

elevados a la pertinente superioridad para su visación, antes de ser exhibidos en las oficinas del Registro Civil.

Art. 3 Los que contravinieren las disposiciones de la presente ley se harán pasible de las penalidades impuestas por la ley 12.331 y su reglamentación.

Art. 4 De forma.

5. Proyectos relacionados con la ley 12.331

5.1. El proyecto de 1936.

En 1933 la Comisión reformadora dio por finalizada su labor preliminar, con el examen y discusión de los dos primeros libros del Anteproyecto de BIBILONI. (Ese mismo año ocurrió el deceso del ilustrado jurista).

La Comisión se aplicó de inmediato a la preparación del proyecto definitivo, para lo cual designó un subcomité de redacción, compuesto por los Doctores LAFAILLE y TOBAL.

Finalmente con fecha 1° de octubre de 1936, la Comisión presentó al Poder Ejecutivo de la Nación su Proyecto de Reformas, con la firma de 5 de sus miembros: los Doctores Roberto REPETO, Rodolfo RIVAROLA, Héctor LAFAILLE, Enrique MARTÍNEZ PAZ y Gastón Federico TOBAL.

Es necesario hacer mención a este proyecto de reforma al Código Civil, habida cuenta que aunque no se trata de una modificación a la ley 12.331, en la reforma civil que se propone aparece específicamente determinada la consecuencia de las nupcias celebradas por un cónyuge que se sabía enfermo, con respecto a quien por error o ignorancia contrajo matrimonio con aquel.

Los artículos que hacen referencia a lo que expreso, son:

El artículo 389 dispone: "...Será anulable el matrimonio: ...inc.4° Siempre que el acto hubiere sido celebrado con violencia error o dolo..."

Por otra parte el artículo 390 determina que "...El error o ignorancia solo podrán referirse:...inc 3° A la existencia de un defecto físico irremediable, o enfermedad grave, contagiosa o hereditaria, susceptible de poner en riesgo la salud del otro esposo o de los hijos..."

5.2. Anteproyecto de ley de certificado prenupcial, impedimento de enfermedad y causales nosológicas de nulidad de matrimonio y de divorcio

La Sociedad Argentina de Eugenesia fundada en Buenos Aires en 1946, cuya personería jurídica fue otorgada el 20 de octubre del año siguiente ha presentado a la Cámara de Diputados cuatro proyectos derogatorios de la ley de profilaxis antivenérea (12.331)

De estos cuatro el más relevante en cuanto al tema de estudio es el Anteproyecto de ley de certificado prenupcial, impedimento de enfermedad y causales nosológicas de nulidad de matrimonio y de divorcio que a continuación se transcribe:

Art. 1 Deróguese los artículos 13 (tercero y cuarto párrafos) y 16 (párrafos segundo y tercero) de la ley 12.331.

Art. 2 Sustitúyase el inciso 7 del artículo 9 de la ley 2.393, por el siguiente:

“Inciso 7 La enfermedad cónica, contagiosa y/o hereditaria, como las venéreas, la lepra, la tuberculosis, la epilepsia, la insuficiencia mental, la demencia y la imbecilidad. La inhabilidad nupcial desaparecerá cuando haya pasado el período de contagio, en los casos pertinentes, y siempre que no exista riesgo para la descendencia”

Art.3 Agréguese el artículo 19 de la ley 2.393 el siguiente inciso:

“Inciso 4 Certificado médico prenupcial, extendido por autoridades médicas de organismos estatales o por profesionales especialmente autorizados, el cual expresará categóricamente que no se padece de ninguna de las dolencias enunciadas en el inciso 7 del artículo 9.

El certificado será válido por 7 días y contendrá todos los datos de identificación de la persona para la cual se otorga”.

Art.4 Agréguese al artículo 40 de la ley 2.393 el siguiente inciso:

“Inciso 5 Constancia de haberse presentado los certificados médicos prenupciales correspondientes a cada uno de los contrayentes. Dichos certificados deberán quedar archivados bajo el mismo número del acta respectiva”.

Art. 5 Agréguese al artículo 42 de la ley 2393 el siguiente inciso:

Inciso 11 Transcripción de los certificados médicos prenupciales correspondientes a cada uno de los contrayentes”.

Art. 6 Agréguese al artículo 46 de la ley 2393: “En este caso no se exigirá certificado médico prenupcial a ninguno de

los contrayentes.”.

Art. 7 Agréguese al artículo 67 de la ley 2393 el siguiente inciso:

“inciso 8 La revelación, adquisición o transmisión de las enfermedades venéreas, la lepra y el alcoholismo”:

Artículo 8 Modifíquese el artículo 84 de la ley 2393 en la siguiente forma:

Es absolutamente nulo el matrimonio celebrado con alguno de los impedimentos establecidos en los incisos 1, 2, 3, 5, 6 y 7 del artículo 9. En caso del inciso 7 del artículo 9, siempre que subsista la posibilidad de contagio y el riesgo para la descendencia. Su nulidad solamente podrá ser demandada por el cónyuge que ignoró la existencia del impedimento y por los que hubieran podido oponerse a la celebración del matrimonio”

Art. 9 Deróguese el inciso 2 del artículo 85 de la ley 2393.

Art. 10 Añádase como “in fine” del artículo 87 de la ley 2393:

“Cuando mediare el impedimento del inciso 7 del artículo 9, siempre se considerará la unión como matrimonio putativo de buena fe con respecto a los hijos, aunque uno de los contrayentes o ambos conocieran el impedimento”:

Art.11 Los jefes, oficiales públicos y demás funcionarios responsables de los Registros Civiles que autoricen la celebración de un matrimonio sin exigir previamente el certificado médico prenupcial previsto en el

inciso 4 del artículo 19 de la ley 2393, serán sancionados con multa administrativa de cien a mil pesos.

En caso de reincidencia se dispondrá su exoneración.

5.2.1. Generalidades del anteproyecto

Consideramos de gran relevancia analizar el presente Anteproyecto ya que constituye el intento más serio de reforma a la ley 12.331 que se conoce, de acuerdo a la persona jurídica que lo presenta y conforme al contenido de sus propuestas.

Para tener una comprensión más exacta de las reformas propuestas correspondientes a los artículos de la ley 2.393, cuyas reformas se pretenden, hay que destacar la incorporación de la mencionada ley a nuestro Código Civil y las variantes correspondientes que la numeración del articulado a sufrido para lograr la adecuada armonía con toda la normativa civil.

5.2.2. Motivo de su presentación

La Sociedad Argentina de Eugenesia presenta este proyecto cumpliendo algunas de las finalidades sociales previstas en sus estatutos, esto es “promover el mejoramiento y perfeccionamiento de la población nacional y de las generaciones futuras” y tratar de “formar una conciencia eugenésica integral, privada y pública”(art. 2)

No obstante su noble fin, sostenemos que dicha propuesta goza de inexactitudes evidentes que a continuación detallaremos.

5.2.3. Enfermedad crónica

El art.2 dispone el reemplazo del inciso 7 del artículo 9 de la ley de matrimonio por otro según el cual “no podrán contraer nupcias quienes estuviesen atacados de enfermedad crónica, contagiosa, y/o hereditaria”, determinando de esta forma la disposición genérica dentro de la cual se comprenden las enfermedades que los contrayentes no pueden padecer para celebrar un matrimonio.

Conforme a su redacción no resulta claro si la letra y/o aparece como un conector en el artículo o como separación de las distintas características que pueden presentar las enfermedades en cuanto al tiempo de duración, su transmisión o contagio.

Admitir el supuesto de operar como separador significa aceptar la prohibición de contraer nupcias a personas afectadas de dolencias crónicas, entendidas según enseña el diccionario como enfermedades largas o habituales” tales como el cáncer, el asma, etc.⁷⁰

Siguiendo este orden de ideas y conforme lo apuntaremos oportunamente,⁷¹ nos parece claramente inadmisibles que un enfermo de cáncer no pueda contraer nupcias, basándose la ley en un fin eugenésico que no se cumple pues la medicina no ha comprobado la transmisión efectiva y necesaria de dicha dolencia a la prole.

Por otra parte, la norma es incoherente por su inocuidad, ya que dispone que la dolencia desaparecerá cuando pase el periodo de contagio, en los casos pertinentes y siempre que no exista riesgo para la descendencia (art.2), como manifestamos precedentemente, el cáncer y el asma son concebidas en la actualidad como enfermedades crónicas pero

⁷⁰ *Diccionario Gran Omeba*. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires 1969. Letras C-Ch-D.

⁷¹ *Ver Infra Capítulo II de esta Obra*.

sin riesgos de contagio para la pareja o los futuros hijos.

Esta opinión obtiene más sustento al advertir que la enunciación de enfermedades que hace la norma luego de la concepción genérica no es taxativa, sino meramente ejemplificativa, lo que configura un cuadro trágico al advertir las distintas afecciones que podrían impedir a las personas que las sufran ejercer el derecho constitucional a casarse.

5.2.4. Certificado prenupcial

En cuanto al plazo de validez que propone el Anteproyecto, el mismo es de 7 días creemos que un plazo parece oportuno porque desde el momento de expedición del certificado hasta las nupcias los contrayentes, estos pueden adquirir alguna enfermedad lo cual crea una dicotomía entre el verdadero estado de salud y el estado fisiológico que prevé el instrumento emitido por el médico.⁷²

Si admitimos que no exista un doble certificado sería violatorio de la igualdad ante la ley por lo siguiente:

Si una persona obtiene el certificado prenupcial y dentro de los siete días fijados por la ley⁷³ contrae una enfermedad o si al momento de expedir el certificado el médico encuentra al paciente sano porque la enfermedad que posee no se ha exteriorizado, podrá contraer matrimonio ya que ante la ley no se encuentra impedido aunque su enfermedad existe. Ahora bien, si otra persona, con la misma enfermedad reconocida ante el profesional examinador no puede contraer nupcias la ley estaría contemplando

⁷² Aunque para el caso del HIV el mismo se torna insuficiente por el llamado periodo de ventana que dura aproximadamente 90 días.

⁷³ Volvemos a reiterar creemos de todas maneras que ese plazo en la actualidad es inocuo, porque debe ser mas prolongado.

supuestos idénticos con consecuencias jurídicas diferentes por aspectos que escapan al derecho mismo y que son propios del estado de conocimiento actual de las ciencias médicas.

Es válido agregar que en el primer caso se podrá exigir la nulidad de las nupcias conforme al artículo 8 de Anteproyecto, pero eso no quita el supuesto de la desigualdad ante la ley que se plantea en el caso mencionado precedentemente con respecto al derecho a contraer nupcias.

5.2.5. Certificados médicos para ambos contrayentes

En el Anteproyecto se establece la obligatoriedad de certificado prenupcial para ambos contrayentes, lo que significa un verdadero avance, considerando que la ley 12.331 lo exigía solamente con relación al hombre, aunque como ya he mencionado algunos Proyectos de la ley 12.331 ya habían previsto la necesidad de incluir a ambos contrayentes para la presentación del certificado prenupcial.

No obstante el fracaso del Anteproyecto que analizamos, en el sentido de no haber sido aceptado en la legislatura las modificaciones que en el se proponían, años más tarde (en julio de 1965) el mismo Congreso sanciona la ley 16.668, cuyo artículo 1° dispone “...declárese obligatorio en todo el territorio de la nación la obtención del certificado prenupcial para los contrayentes del sexo femenino...”

5.2.6. Nulidad

Según el artículo 8 del Anteproyecto se reformaría el artículo 84 de la ley 2.393 en la siguiente forma: “...Es absolutamente nulo el matrimonio celebrado con algunos de los impedimentos establecidos en los incisos 1, 2, 3, 5, 6, 7 del art. 9 ...” y sigue “...Su nulidad solo podrá ser demandada

por el cónyuge que ignoró la existencia del impedimento por los que hubieran podido oponerse a la celebración del matrimonio...”

Es muy interesante la opinión de COLOMBO con respecto a este tema, quien manifiesta que los alcances de esta regla (la transcripta) serían en verdad extraordinarios, tanto por sus derivaciones como por los problemas que plantea, y explica que la enorme dificultad surge cuando se trata de dilucidar las consecuencias del enlace celebrado en contravención. Resulta demasiado fuerte que la nulidad fulmine y disuelva un vínculo que además de tener frutos en una descendencia legítima, puede haberse perfeccionado al amparo del más grande de los cariños y como demostración de desinterés y sacrificios personales.⁷⁴

Con respecto a estas palabras de tanto asidero en la realidad, solo obsta hacer una simple corrección consistente en cambiar el término hijos legítimos por simplemente hijos matrimoniales ya que luego de la ley 23.264 la filiación por naturaleza puede ser matrimonial o extramatrimonial., pero ambas surten los mismos efectos conforme a las disposiciones de este Código. (Conf. art. 240 de la redacción actual del Código Civil).

Siguiendo el tema de análisis, la solución propuesta por el Anteproyecto (la nulidad matrimonial) resulta drástica. COLOMBO expresa, con respecto a ello, que se sustituye un mal por otro, es decir el peligro de contagio por el de la descendencia ilegítima (extramatrimonial), el de las uniones normales entre enfermos por la uniones concubinarias y agrega que sería difícilísimo, en la práctica, que quienes se

⁷⁴ COLOMBO, Leandro A. “Un anteproyecto de reformas eugenésicas al Código Civil”. *Revista La ley*. Tomo 54. Buenos Aires. Pag. 920.

han unido por amor, desafiando todas las contingencias, se avengan después de una separación completa. Y que no se replique que la nulidad se establece en beneficio del cónyuge sano pues consumado el connubio, la propagación del mal se ha producido el descendiente lleva ya en embrión la lacera que se trató de evitar. Y que no se alegue, tampoco que la medida tiene por objeto impedir perjuicios mayores al imposibilitar el nacimiento de nuevos vástagos, porque tal finalidad puede lograrse por recursos de igual eficacia, pero menos dolorosos.⁷⁵

Es altamente correcto lo expuesto en su totalidad pero, consideramos de gran valor para este trabajo especialmente la última parte del comentario de COLOMBO, ya que es verdad que la finalidad eugenésica que persigue el artículo puede lograrse por recursos de igual eficacia. Difícil es saber cual era el contenido que el mencionado autor incluye dentro de los distintos recursos que propone, pero consideramos que en la actualidad el empleo de profilácticos ante el conocimiento de una enfermedad contagiosa de uno de los cónyuges cumple definitivamente el fin eugenésico perseguido por la norma y no es necesaria una inmiscuición autoritaria del Estado, ni la declaración de nulidad de las nupcias, para resolver una cuestión que se desenvuelve dentro del ámbito privado de la pareja ya casada.

5.3. Proyecto de CALVO.

El 5 de mayo de 2003 el diputado Pedro CALVO, presenta un proyecto de reforma a la ley de profilaxis,

⁷⁵ COLOMBO, Leandro A. "Un anteproyecto de reformas eugenésicas al Código Civil". Ob. Cit. Pag. 920.

incorporando los artículos 13 bis y 13 tris a la ley 12.331.

El primero de ellos establecía que el examen médico prenupcial incluirá en forma obligatoria para toda persona que quiera contraer matrimonio, la realización de análisis para la detección del HIV. Además se estipulaba que dicho examen se realizaría bajo reserva de identidad, debiendo los registros de cada provincia, y el de la ciudad de Buenos Aires, arbitrar los medios para garantizarla.

Por otro lado, el proyecto contemplaba en adecuación a la ley 23.798, que el resultado del examen estipulado se dará a conocer mediante notificación escrita y tal notificación se hará extensiva al otro contrayente.⁷⁶

En cuanto al artículo 13 tris, fue titulado “Información y Tratamiento”. Por medio de esta información escrita y para el supuesto que el resultado de los análisis efectuados resulte positivo, acreditando la presencia del virus del HIV en uno o ambos contrayentes, se prescribía la obligación de las autoridades intervinientes, de instruir a ambos contrayentes sobre las características de dicha enfermedad y la existencia de tratamientos para disminuir los riesgos de transmisión del virus del HIV a los hijos del futuro matrimonio.

Se evidencia aquí el fin eugenésico, el cual entendemos puede mantenerse vigente, independientemente de la prohibición nupcial.⁷⁷

⁷⁶ Además prescribía que la persona que contraiga matrimonio será previamente informada, por la autoridad del Registro Civil, sobre las formas de transmisión de los Retrovirus Humanos y del HIV en particular, como así también los medios y formas de evitar la misma.

⁷⁷ Aunque en este proyecto no es así, porque el articulado en ningún momento deroga el párrafo del artículo 13 de la ley 12.331 que establece la prohibición de contraer matrimonio a las personas afectadas de *enfermedad venérea en periodo de contagio*, lo que implica la vigencia del impedimento eugenésico que repudiamos.

Por último el proyecto contempla, lo que a nuestro entender más que un enunciado prescriptivo constituye un anhelo, ya que el articulado reza que los contrayentes deberán ser invitados por las autoridades del respectivo Registro Civil, a concurrir a la institución sanitaria pública que corresponda, para la realización de los estudios complementarios y los tratamientos médicos necesarios.

Si bien compartimos los argumentos teleológicos en los que se sustentan estos artículos, disentimos en la preservación del impedimento matrimonial de enfermedad en la normativa vigente.

5.4. Proyecto de TORRONTEGUI.

El 27 de junio de 2007, la legisladora TORRONTEGUI, Maria Angélica, presenta un proyecto de reforma la ley 12.331⁷⁸ bajo el sumario: INSTITUTO DE PROFILAXIS DE LAS

⁷⁸ Entre los fundamentos de la presentación la Diputada manifiesta que la ley 12.331 de creación del Instituto de Profilaxis de las Enfermedades Venéreas, estableció en su Art. 13 la obligación para aquellos varones que hayan de contraer matrimonio, de someterse a la realización del examen prenupcial.

Posteriormente, la ley 16.668 extendió la obligación a las contrayentes del sexo femenino.

Para ambos casos, la ley 16.668 estableció que los mismos deben ser practicados por organismos dependientes del Ministerio de Asistencia Social y Salud Pública de la Nación, de la Ciudad de Buenos Aires y los servicios asistenciales provinciales y municipales, es decir, todas instituciones públicas.

Desde la sanción de las mencionadas normas - 1936 para la ley 12.331 y 1965 para la ley 16.668- han transcurrido más de cuarenta años, en los que se han verificado grandes cambios en los sistemas de salud de nuestro país, recayendo su prestación en gran medida en manos de las obras sociales y las empresas de medicina privada.

Gran parte de los trabajadores en relación de dependencia,

ENFERMEDADES VENEREAS, LEY 12331: MODIFICACION DEL ARTICULO 13, INCORPORACION DE LOS ARTICULOS 13 BIS, 13 TER Y 13 QUATER (EXAMEN MEDICO PRENUPCIAL); MODIFICACION DEL ARTICULO 2 DE LA LEY 16668, cuyo articulado prevé:

ARTICULO 1: Modificase el Art. 13 de la ley 12.331 el que quedará redactado de la siguiente manera:"Art. 13: *"Las autoridades sanitarias públicas y los directores médicos de las instituciones sanitarias privadas deberán propiciar y facilitar la realización de exámenes médicos prenupciales. Los jefes de los servicios médicos nacionales y los médicos que las autoridades sanitarias determinen, estarán facultados para expedir certificados a los futuros contrayentes. Estos certificados serán obligatorios para las mujeres y varones que hayan de contraer matrimonio. No podrán contraer matrimonio las personas afectadas de enfermedades venéreas en período*

empleados públicos y trabajadores independientes, gozan en la actualidad de asistencia médica por medio de los servicios de las obras sociales y de las empresas de medicina privada. No obstante ello, al momento de realizar los exámenes prenupciales, deben obligatoriamente concurrir a instituciones públicas.

Es por ello que el objetivo del presente proyecto, es reasignar los recursos sanitarios, de manera que quien goce de un servicio de medicina privada pueda canalizar por medio del mismo la realización del examen prenupcial.

Asimismo, y en tanto de existe un interés público en el control y prevención de la transmisión de enfermedades venéreas, se mantiene como facultad de la autoridad pública correspondiente, el control y designación de las instituciones privadas aptas para la realización de los exámenes prenupciales.

Por todo lo expuesto, solicito a mis pares acompañen el presente proyecto de ley.

de contagio".

ARTÍCULO 2: Incorpórase el Art. 13 bis a la ley 12.331 el que quedará redactado de la siguiente manera:

"Art. 13 bis: Los exámenes médicos prenupciales deberán ser practicados por los organismos dependientes del Ministerio de Asistencia Social y Salud Pública de la Nación, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los servicios asistenciales provinciales y municipales, y/o por las instituciones sanitarias privadas autorizadas por los mencionados organismos".

ARTÍCULO 3: Incorpórase el Art. 13 ter a la ley 12.331 el que quedará redactado de la siguiente manera:

"Art. 13 ter: Los futuros contrayentes que al momento de realizar el examen prenupcial, sean beneficiarios de servicios de medicina privada cuyas instituciones sanitarias se encuentren autorizadas para expedir certificados en los términos y alcances del Art. 13 y 13 bis, deberán realizar los mismos en dichas instituciones".

ARTÍCULO 4: Incorpórase el Art. 13 quater a la ley 12.331 el que quedará redactado de la siguiente manera:

"Art. 13 quater: Los futuros contrayentes incluidos en el artículo 13 ter, podrán optar por realizar el examen prenupcial en instituciones sanitarias públicas, en cuyo caso, la empresa de servicios médicos privados prestataria de dicha cobertura deberá abonar a la institución sanitaria pública el costo de la realización del examen médico de acuerdo al que establezca la autoridad de aplicación de la presente ley".

ARTÍCULO 5: Modifícase el Art. 2 de la Ley 16.668 el

que quedará redactado de la siguiente manera:

"Art. 2: Los exámenes médicos respectivos deberán ser practicados por los organismos dependientes del Ministerio de Asistencia Social y Salud Pública de la Nación, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los servicios asistenciales provinciales y municipales, en iguales condiciones que los practicados a las personas del sexo masculino. Las instituciones sanitarias privadas podrán practicarlos con la autorización de los organismos mencionados. En todos los casos los certificados deberán ser elevados a la pertinente superioridad para su visación, antes de ser exhibidos en las oficinas del Registro Civil."

Como se evidencia, los artículos no presentan modificación sustancial alguna con respecto al impedimento matrimonial de enfermedad, el cual sigue latente en el proyecto, vemos que éste, tiene una previsión en relación a los sujetos que pueden o deben expedir los certificados, pero consideramos que el análisis de esta normativa no deberían estar vinculado con esa temática, sino con las cuestiones salientes que motivan esta investigación las cuales en la actualidad adquieren un papel preponderante.

6. La normativa vigente y el SIDA.

6.1. El certificado prenupcial.

El artículo 187 inc. 4° del Código Civil impone a los futuros contrayentes la obligación de presentar al oficial público encargado del Registro del Estado y Capacidad de las Personas "los certificados médicos prenupciales". Dichos certificados, previstos en las leyes 12.331 y 16.668, son

expedidos por las autoridades sanitarias competentes sin previa investigación sobre la portación de los contrayentes del virus transmisor del SIDA.

6.2. Proyecto de 1988.

El Senado de la Nación aprobó y dio media sanción, el 1/6/88, a un proyecto de ley, en cuyo artículo 1° disponía que "...en los exámenes prenupciales debía investigarse la presencia del virus portador del SIDA. y de los anticuerpos específicos contra el mismo..." y agregaba que "...en caso de posibilidad, el resultado debía ser confirmado por lo menos por tres de las técnicas más avanzadas, antes de informar a los interesados..."

No obstante ello, en la Cámara de Diputados fue modificado dicho proyecto, eliminando toda referencia al SIDA. Consideramos que la finalidad perseguida por el proyecto era correcta, en el sentido de poner en conocimiento a los contrayentes del estado de salud del otro consorte.

6.3. La ley 23.798.

El artículo 1 declara de interés nacional a la lucha contra el SIDA, entendiéndose por tal a la detección e investigación de sus agentes causales, el diagnóstico y tratamiento de la enfermedad, su prevención asistencia y rehabilitación, incluyendo las de sus patologías derivadas, como así también las medidas tendientes a evitar su propagación. El artículo 7 declara obligatoria la detección del virus y de sus anticuerpos en l sangre humana destinada a transfusión, elaboración de plasma u otros de los derivados sanguíneos de origen humano para cualquier uso terapéutica, asimismo extiende, la obligación de la investigación en los

casos de transplante de órganos respecto a sus donantes.

6.4. Reglamentación de la ley 23.798.

La reglamentación de la ley nacional 23.798 establece que en todo programa de lucha contra el SIDA. deberán respetarse las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamado Pacto de San José de Costa Rica (ley 23.054) y la ley Antidiscriminatoria (23.592). Aparece aquí la idea de confidencialidad y autodeterminación del paciente en cuanto al tratamiento a seguir. Por nuestra parte consideramos que el certificado prenupcial obligatorio en donde se investigue sobre la existencia del HIV no violaría la norma porque el deber de confidencialidad debe ceder ante un derecho mas importante como lo es el derecho a la salud y a la vida.

7. Conclusiones parciales.

Como ya hemos puesto de manifiesto, entre las características de las distintas normas eugenésicas que hasta el momento analizamos, tanto a nivel internacional como a nivel interno, merece especial mención su defectuosa redacción en cuanto a las enfermedades que se encuentran comprendidas, su falta de armonía con el resto de la legislación, o la falta de consecuencia en el supuesto de que las nupcias se lleven adelante aun estando vigente la prohibición.

Estos aspectos que son evidentes en la legislación comparada también los son a nivel nacional, tanto, en los distintos proyectos anteriores a la sanción de la ley 12.331, como en la normativa vigente en la actualidad, y como así también en el anteproyecto de reforma de la ley 12.331 presentado por la Sociedad Argentina de Eugenesia.

Entendemos, que tales conflictos se superarían, si el legislador se remite a consagrar, dentro de los requisitos que debe tener en cuenta el Oficial del Registro al momento de la celebración del matrimonio simplemente, la existencia de un (o más) certificado prenupcial de carácter obligatorio, a los fines de poner en conocimiento a los futuros contrayentes el estado de salud en el cual se encuentran. Estas ideas tienen acogida en los pensamientos de COLOMBO para quién será conveniente que en caso de no aceptarse el impedimento de enfermedad dentro de la legislación civil, cualquiera sean los motivos determinantes para ello, la revisión médica prenupcial se dispusiera al solo efecto de ponerla en mutuo conocimiento de los contrayentes, quienes decidirán de acuerdo a sus propias convicciones.⁷⁹

⁷⁹ COLOMBO, Leandro A. "Un anteproyecto de reformas

De esta manera se permitiría las nupcias aún padeciendo de una enfermedad pero, como se desarrollará oportunamente, entendemos que se gesta una obligación de resultado de obtener el correspondiente certificado, lo cual tendría importantes consecuencias en el plano de la responsabilidad civil.⁸⁰

Consideramos que este es el marco de regulación normativa (basado en la autonomía de la voluntad y la libertad individual), que se admite en un Estado liberal como el nacional, y no la imposición autoritaria a través de impedimentos que vedan parcial o totalmente el derecho a contraer matrimonio, y que son propias de Estados totalitarios.

Además como se manifestó oportunamente, el estado actual de los conocimientos científicos no permite admitir como impedimento para contraer matrimonio las enfermedades transmisibles en general, ya que son muy pocos los casos en los que se cumpliría el fin eugenésico perseguido por este tipo de disposiciones.

eugenésicas al Código Civil". Ob. Cit. Pag. 921. Nota al pie.

⁸⁰ Ver *Infra Pto. 6.1 del Capítulo VIII.*

1. Introducción.

Oportunamente hemos apuntado que el artículo 13 de la ley de profilaxis establece la prohibición de contraer matrimonio a quienes padecen de una enfermedad venérea, lo curioso del enunciado previsto en ley de profilaxis, es que no establece consecuencias para el supuesto de trasgresión de la prohibición, es decir, la misma ley no determina la sanción ante la violación de la conducta prohibida.

Como expondremos durante este Capítulo, existen posturas que encuentran una posible sanción que complementa este enunciado, pero forzando en gran medida la racionalidad jurídica del Código de leyes.

Sin entrar a analizar la conveniencia o inconveniencia de incluir como prohibición nupcial determinadas enfermedades,⁸¹ intentaremos abocarnos a la técnica jurídica implementada por el legislador para acceder a sus propósitos, haciendo notar sus deficiencias e intentando arribar a mejores soluciones.

Entendemos, siguiendo a ASCOLI, que no hay campo de la actividad humana que, en cualquier momento haya agitado a los hombres, sobre la cual la técnica del derecho no haya ejercitado la propia obra de construcción y además de superación.⁸²

Es decir, el derecho regula situaciones fácticas que emergen de la propia realidad y la condicionan. Esta difícil misión, en nuestro país, ha sido asignada al ámbito legislativo, representado por el Honorable Congreso de la

⁸¹ Nuestra posición sobre el tema ha sido exteriorizada en apartados precedentes. *Ver Supra Punto 3 del Capítulo II.*

⁸² ASCOLI, Max *La interpretación de las leyes.* Ensayo de filosofía del derecho. Editorial Losada S.A. Buenos Aires. Pag. 142.

Nación que el 17 de diciembre 1936 sanciona la ley que estamos estudiando.

En el proceso de creación de las norma, el legislador debe procurar que las mismas sean armónicas con el régimen vigente y con el derecho en general, para evitar que la existencia de nuevas leyes cree situaciones disvaliosas desde la perspectiva social y atente contra la coherencia del sistema jurígeno.

Haciendo un análisis profundo de las diferentes consecuencias que de ellas emanan, analizaremos la posibilidad de que los artículos 13 y 16 de la ley 12.331 configuren una situación de antinomia en relación a otros artículos, verbigracia 166, 219 y 220 del Código Civil, que formaban parte de la ley de matrimonio civil y fueron incorporados al Código por la ley 23.515.

2. Ambigüedad del término sanción.

Comenzamos por señalar que el término sanción es de por sí ambiguo, es decir, puede entenderse o interpretarse de distintos modos, desde una perspectiva jurídica, y por lo tanto dar motivo a dudas o confusión. Así podemos hablar de sanción desde una *perspectiva penal* cuando se trata de una conducta antijurídica, es decir, como sinónimo de pena o represión, *en el proceso de formación de las leyes* sanción es el acto por el cual el Congreso, las Legislaturas etc. aprueban un proyecto de ley⁸³.

Una tercera percepción del concepto la encontramos *desde una óptica netamente civilista* del término⁸⁴ así Borda

⁸³ RAMIREZ GRONDA Juan D. *Diccionario jurídico*. 7 ma. edición. Editorial Claridad. Buenos Aires. 1974. Pag. 256.

⁸⁴ En realidad no es más que un desprendimiento del concepto

entiende, entre otros supuestos, que la nulidad es una sanción legal que priva de sus efectos normales a un acto jurídico, en virtud de una causa originada, es decir existente al momento de la celebración.⁸⁵

Si usamos terminología ambigua, por lo menos desde la perspectiva jurídica intrínseca, es muy probable que las proposiciones terminen siendo ambiguas y de esta manera las consecuencias que de ella surjan sea inocuas, en este sentido MONEREO PERÉZ expresa que es usual, en la lógica, considerar a las proposiciones como portadoras de un significado determinado, sin ambigüedad alguna, y por consiguiente como verdaderas o falsas, sin tomar en consideración al hablante ni las circunstancias en las que se habla. Consideradas en esa forma, las proposiciones son abstracciones e idealizaciones que sólo se encuentran, como solía decir Alfred N. WHITEHEAD, en el cielo. En la vida real únicamente encontramos actos-discursos concretos, expresiones de ciertos individuos en ciertas circunstancias, cuyo significado depende de estas últimas y es a menudo tan vago que la alternativa tajante entre verdad y falsedad carece de aplicación.⁸⁶

3. Sanciones civiles y sanciones penales.

El primer problema con el que nos enfrentamos es intentar determinar si la existencia de una sanción legislativa

de sanción desde la concepción penalista, pero dado la variabilidad en cuanto a la finalidad, efecto y naturaleza de su alcance.

⁸⁵ BORDA, Guillermo A. *Derecho Civil Parte general*. 20 ° edición. Editorial Astrea. Abeledo- Perrot. Buenos Aires. 2003. Pag. 536.

⁸⁶ ROSS, Alf. *Lógica de las normas*. Traducción de José S. P. HIERRO. Editorial Comares S. L. 2000. Granada. Pgs. 4 / 5.

civil puede motivar, a quienes estén en posibilidades fácticas de realizarla, a abstenerse de su acción para evitar justamente esa sanción.

Desde un punto de vista sociológico, explica VERNENGO, las formas básicas y elementales de socialización no explican suficientemente las técnicas necesarias para motivar a los individuos a cumplir las exigencias -obligaciones competencias- previstas en un sistema relativamente complejo, como el derecho escrito legislado de los estados modernos. Ni tampoco lo que las obligaciones que los individuos asumen a través de ciertos procedimientos rituales: contratación o matrimonio, por ejemplo.⁸⁷

3.1. Sanciones penales

En materia penal existen posturas que sostienen que el individuo no delinque por una especie de motivación negativa, es decir, el sujeto se abstiene de cometer el ilícito penal justamente porque se representa la posibilidad que lo capturen y le apliquen la pena fijada para el delito en cuestión⁸⁸.

3.2. Sanciones civiles

En el campo civil la cuestión es diferente si analizamos el caso de los actos relativamente nulos, principalmente

⁸⁷ VERNENGO, Roberto José *Curso de Teoría General del Derecho*. 2º Edición. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1985. Pag. 143.

⁸⁸ Esta constituye solo una de las diversas posturas existentes, lo cierto es que, difícilmente el delincuente antes de cometer un delito se represente la pena que pueda corresponderle en el caso que lo atrapen, ya que éste nunca se imagina esa posibilidad.

porque lo que está en juego es de carácter privado y no público del derecho, y por ello el fundamento mismo de las normas y las sanciones que en ellas se imponen es diferente.

De esta manera, la nulidad va a traer aparejado un perjuicio individual o personal, en el caso que estudiamos el mismo consistirá precisamente en dejar sin efecto el acto jurídico matrimonial que había sido celebrado adoleciendo de un vicio jurídico.

Existe una posición en relación al tema que niega la existencia de sanciones en el campo civil, así, NAWIASKY dice que el derecho civil se limita normalmente a los preceptos materiales y deja el establecimiento de las normas secundarias sancionatorias al derecho procesal civil o al derecho de ejecución, de esta manera, dice el autor, el derecho civil contiene solo seminormas, normas jurídicas parciales, que solo con las normas procesales y ejecutivas se convierten en normas jurídicas completas.⁸⁹

Nos tomamos el atrevimiento de disentir con tan calificada posición ya que, como mencionamos precedentemente, existen en materia civil normas completas desde esta óptica, entre ellas y a modo de ejemplo el artículo 1109 del Código Civil y en definitiva, según la postura que se adopte, la norma objeto de estudio en esta investigación.

4. Enunciado normativo objeto de análisis.

La cuestión queda encuadrada desde la siguiente arista: el artículo 13 de la ley 12.331 establece que “Las autoridades sanitarias deberán propiciar y facilitar la

⁸⁹ NAWIASKY, Hans *Teoría General del derecho*. Traducción de la Segunda Edición en lengua alemana por José ZAFRA VALVERDE. Ediciones Rialp S. A. Madrid. 1962. Pag. 38.

realización de exámenes médicos prenupciales. Los jefes de los servicios médicos nacionales y los médicos que, las autoridades sanitarias determinen, estarán facultados para expedir certificados a los futuros contrayentes que lo soliciten. Estos certificados, que deberán expedirse gratuitamente, serán obligatorios para los varones que hayan de contraer matrimonio. *No podrán contraer matrimonio las personas afectadas de enfermedad venérea en periodo de contagio.*⁹⁰

El artículo 16 de esa misma norma dispone que “las sanciones a las prohibiciones en el artículo 12, serán penadas con multas de veinticinco pesos a quinientos pesos. En la misma pena incurrirán los Oficiales del Registro Civil que autoricen un matrimonio sin exigir el certificado que establece el artículo 13. En caso de reincidencia se les doblará la pena y serán exonerados.

Como dice KELSEN, no se puede dar cuenta cabal, en términos verbales, de lo que es una preposición jurídica completa sin formular una especie de norma doble,⁹¹

⁹⁰ Como hemos expuesto, el 21 de julio de 1965 se promulga la ley 16.668 cuyo aspecto más trascendente consiste en la obligatoriedad del certificado médico prenupcial para ambos contrayentes.

Esto es así, puesto que la ley 12.331 solo se refería a los contrayentes varones, aunque varios proyectos anteriores a dicha norma abogaron para que ese requisito sea exigible a ambos cónyuges. De esta manera se puso fin a una injusticia notoria, ya que la finalidad de la norma era evitar el contagio de la enfermedad a la descendencia lo que podía ser producido tanto por el hombre como por la mujer.

⁹¹ Es interesante resaltar que se entiende por proposición desde esta óptica, así como dice LOPEZ RUF la norma se identifica en consecuencia con un acto de conocimiento, más precisamente con su sentido, o producto, o sea, el juicio, que es expresado por la preposición. LOPEZ RUF, Pablo. *Comentario sobre la teoría general de las normas*. Anuario de Filosofía Jurídica y Social. Asociación Argentina

integrada por una norma primaria y una secundaria. Llama norma primaria a la que trae la nota de coacción la que se expresa del modo siguiente: dada una cierta conducta de un hombre, debe ser un acto coactivo (S sanción) por parte de un órgano del Estado (pena o ejecución forzada).⁹²

Entonces, desde la visión del jurista austríaco, podemos entender que, en nuestro caso, la preposición jurídica quedaría establecida de la siguiente forma: “*Si una persona que padece de una enfermedad venérea contrae matrimonio, el Oficial del Registro que autoriza ese matrimonio, será penado con una multa de veinticinco a quinientos pesos*”⁹³

Ahora bien ¿donde está definida la conducta que evita esa sanción? Esta definición esta suministrada por lo que KELSEN califica de norma secundaria,⁹⁴ que es la que instituye el deber jurídico o prestación (P) o sea la conducta que evita la consecuencia coactiva.

Así, en el caso del ejemplo anterior, “Dada la celebración de un matrimonio, el Oficial del Registro debe valerse de los certificados médicos prenupciales para evitar que alguno de los contrayentes padeciendo de una

de Derecho Comparado. Sección Teoría General. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1996. Pag. 321.

⁹² AFTALIÓN, Enrique R. GARCÍA OLANO, Fernando, VILANOVA, José. *Introducción al derecho. Nociones Preliminares. Teoría General...* Ob Cit. Pag. 103.

⁹³ Como expondremos más adelante, esto es así solo si tomamos como base la doctrina del régimen de especialidad de las nulidades, que no permite la aplicación de las llamadas nulidades virtuales o implícitas, si tomamos la postura contraria (régimen de subsidiariedad de aplicación de la parte general en materia matrimonial, podemos entender que la sanción consiste también en la nulidad del matrimonio. *Ver Infra 9.2 de este Capítulo.*

⁹⁴ Carlos COSSIO habla de *endonorma*.

enfermedad venérea acceda a las nupcias”, de esta manera queda determinado el contenido de la norma secundaria o endonorma el que puede ser resumido en “*dado A debe ser P*” es decir se estatuye determinado comportamiento a personas determinadas y ante circunstancias específicas. Por otro lado, aparece la norma primaria, la cual estaría circunscripta a la fórmula “*Dado no-P, debe ser S*” es decir, dado el no cumplimiento del deber jurídico o prestación debe ser la sanción.

5. Análisis particular de la proposición del artículo 13 de la ley 12.331.

Hecho un análisis genérico del tema que nos interesa, es conveniente analizar particularmente la norma en cuestión, para luego poder introducirnos en los conflictos o problemas normativos que surgen de ella. La disposición dice no podrán contraer matrimonio las persona afectadas de enfermedad venérea en período de contagio. Entonces comenzaremos por analizar cada posibilidad en particular:

5.1. Proposición Universal.

En una *proposición universal* el sujeto representa una clase compuesta por más de un miembro, es decir, no representa, como lo hacen las proposiciones particulares, un individuo singular⁹⁵. Metiéndonos un poco más profundo en esta clasificación y siguiendo a BOBBIO, en este sentido, entendemos que técnicamente se trata de una proposición con destinatario universal (destinatario-sujeto) y de acción

⁹⁵ BOBBIO, Norberto *Teoría General del Derecho*. Editorial Debate. Pgs. Madrid. 1992. Pag. 142 y sgts.

universal (acción-objeto).⁹⁶

5.2. Proposición General.

En contraposición a las proposiciones particulares o concretas, entendemos que estamos frente a una norma que no sólo es abstracta sino genérica. Es decir, es abstracta porque es universal respecto de la acción, y es genérica porque es universal respecto del destinatario.

5.3. Norma hipotética.

Consideramos que el artículo analizado configura una norma hipotética al prescribir “*no podrán contraer matrimonio las personas afectadas de enfermedad venérea en período de contagio*”, y establecer la consecuente sanción ante el supuesto de trasgresión de este presupuesto, la cual no es ni más ni menos, que la sanción al Oficial del Registro, o como explicaremos mas adelante la nulidad del acto jurídico matrimonial. Es decir, la acción debe ser ejecutada (*sanción al Oficial del Registro o como veremos nulidad*) si se verifica determinada condición (*la existencia de una enfermedad venérea en alguno de los contrayentes al matrimonio*).

6. Operatividad del artículo: impedimento eugenésico.

⁹⁶ Dice el autor toda proposición prescripta, y por ende, también las normas jurídicas, está formada por dos elementos constitutivos, y por consiguiente indefectibles: el sujeto a quién se dirige la norma o sea el destinatario, y el objeto de la prescripción, o sea la acción prescripta y continua sosteniendo que no se puede pensar en una prescripción que no vaya dirigida a alguien o no regule un determinado comportamiento. BOBBIO, Norberto *Teoría General del Derecho*. Ob. Cit. Pag. 142.

Como veremos oportunamente, el artículo en análisis constituye un impedimento matrimonial,⁹⁷ ya que se configura como una restricción legal al derecho a contraer matrimonio, es decir un obstáculo para su celebración que es intrínseco a la persona de los contrayentes.⁹⁸

Tradicionalmente la clasificación más importante que se ha hecho de los impedimentos matrimoniales es aquella que distingue entre impedimentos dirimentes e impedientes.

Los impedimentos dirimentes constituyen un obstáculo para la celebración de un matrimonio válido. Los impedimentos impedientes son aquellos que afectan la regularidad de la celebración del matrimonio, pero no provocan su invalidez, aunque de celebrarse las nupcias pueden conllevar sanciones para los contrayentes y también para el funcionario que intervino en la celebración.

Es por eso que, a los impedimentos impedientes se los denomina también impedimentos prohibitivos. En realidad, los dirimentes son también, en este sentido prohibitivos. Lo que ocurre es que aquellos, en cuanto a los efectos respecto del vínculo matrimonial, se agotan en la prohibición, mientras que en éstos la prohibición es causa de nulidad del acto. En todo caso, y de mantenerse la nomenclatura, cabría decir que los impedimentos impedientes son meramente prohibitivos, en tanto no afectan un presupuesto de validez, como acaece en los dirimentes.

⁹⁷ Ello será desarrollado en los capítulos venideros. Ver en especial *Infra Capítulo V*.

⁹⁸ MENDEZ COSTA, Mará Josefa; D'ANTONIO Daniel Hugo. *Derecho de Familia*. T. I. Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fé. 2001. Pag. 86/5.

7. Consecuencia de la violación de los impedimentos.

En primer lugar, la violación de los impedimentos puede acarrear sanciones civiles o penales. Son sanciones civiles la nulidad de las nupcias en los casos de impedimentos dirimentes y las sanciones patrimoniales que proceden en algunos casos de impedimentos impeditivos recayendo sobre los contrayentes o, incluso, sobre un sujeto distinto de estos.

Son sanciones penales las previstas con respecto a los delitos tipificados en el Capítulo I (Matrimonios ilegales) del Título IV del Libro II del Código Penal (artículos 134, 135,1º,136 y 137).⁹⁹

Por otra parte el contrayente de mala fe, es decir, el que conoció o debió haber conocido la existencia del impedimento dirimente al día de la celebración del matrimonio (art.224), puede ser demandado por el de buena fe por indemnización del daño causado (art. 225).¹⁰⁰

8. Coherencia normativa.

⁹⁹ BOSSERT, Gustavo A. – ZANONNI, Eduardo A. *Manual de Derecho de Familia*. 4º edición. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1996. Pags. 103/4.

¹⁰⁰ Recordemos que nuestro sistema jurídico positivo prevé la conducta de causar un daño a otro y no repararlo como condiciones de la sanción. Es decir, en nuestro sistema hay que distinguir dos conductas. De ellas solo una es considerada como acto antijurídico ya que si no se borraría la distinción entre acto antijurídico y hecho condicionante. Este razonamiento se ve apoyado por el hecho de que si quien causó un daño lo repara voluntariamente queda eximido de la sanción. GUARINONI, Ricardo V. “*Algunas consideraciones acerca de la obligación de reparar*”. *Revista La Ley*. Tomo 1975-D. Sec Doctrina. Buenos Aires. 1975. Pag. 510.

Explica BOBBIO que, un problema frecuente consiste en determinar si el ordenamiento jurídico, más allá de su unidad, constituye también un sistema, en suma si es una unidad sistemática, entendiendo por sistema una totalidad ordenada, o sea un conjunto de entes, entre los cuales existe un cierto orden. Para que exista un cierto orden es necesario que los entes constitutivos no estén tan solo en relación con el todo, sino que estén en relación de coherencia entre sí. Ahora bien cuando se pregunta si un ordenamiento jurídico constituye un sistema, se pregunta si las normas que lo componen están en relación de coherencia entre sí y en que condiciones es posible esa relación.¹⁰¹

Entonces, como venimos explicando existe, dentro del ordenamiento jurídico nacional, una norma que establece la prohibición de contraer matrimonio a quienes estén afectados de enfermedad venérea en período de contagio, de esta manera se configura un impedimento matrimonial, similar a los regulados por el artículo 166 del Código Civil, pero con una característica particular: no se encuentra previsto expresamente en el campo que el Código Civil le dedica a los impedimentos matrimoniales, sino que surge de una norma aislada. De esta manera aparece la duda sobre la posibilidad de declarar nulo un matrimonio celebrado en contraposición a la norma o no.

El tema no es menor y consiste precisamente en determinar si en el derecho de familia se admite declarar un matrimonio nulo acudiendo a los principios generales, o solamente esto puede ocurrir cuando una norma especial referente al ámbito de este derecho la consagra expresamente.

¹⁰¹ BOBBIO, Norberto. *Teoría general del derecho*. Ob. Cit. Pag 189.

9. Soluciones posibles.

El matrimonio celebrado en contraposición a esta prohibición nupcial podría adoptar diferentes destinos, los cuales vamos a analizar particularmente:

9.1. Matrimonio inexistente.

En ciertas ocasiones, y teniendo en miras una postura práctica y simplista de los acontecimientos, se ha instado a resolver determinados casos de deficiencia legislativa a través de los “*actos inexistentes*” Esto lo advierte GUARINONI, quien con sustento en la doctrina francesa, explica que existen casos en los que la ley no pronuncia la nulidad, y en los que es razonablemente imposible admitir que el matrimonio produzca sus efectos, una forma de salir del paso es decir que el matrimonio es inexistente, y por lo tanto no hay necesidad de anularlo.¹⁰²

El artículo 172 del Código Civil establece que es indispensable para la existencia del matrimonio el libre y pleno consentimiento expresado personalmente por el hombre y la mujer ante la autoridad competente para celebrarlo, con lo cual entendemos que no se dan los presupuestos legales establecidos por el Código para hablar de un caso de matrimonio inexistente o más acertadamente llamado aparente.

9.2. Matrimonio nulo.

¹⁰² GUARINONI, Ricardo Víctor. “La inexistencia jurídica”. *Revista La Ley*. Tomo 2004-A, Sec Doctrina. Buenos Aires. 2004. Pag. 1410.

Quienes entienden que el matrimonio, puede ser nulo apoyan su postura sosteniendo que, en caso de trasgresión de la prohibición nupcial se aplicaría el artículo 18 del Código Civil que prescribe: “...*Los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor si la ley no designa otro efecto para el caso de contravención...*” pero dentro de esta postura hay quienes afirman que el matrimonio debe ser nulo de nulidad relativa,¹⁰³ y otros que se trata de un supuesto de nulidad absoluta¹⁰⁴.

Posesionándonos desde un análisis lógico, se evidencia que esta solución puede satisfacer al jurista a través de la siguiente fórmula:

$(P \supset Q) \cdot \neg Q$

F

F

F

V

Es decir: Si el artículo 13 de la ley 12331 establece una prohibición nupcial dadas ciertas características, y los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor (artículo 18 del Código Civil), el artículo 13 de la ley 12331 es nulo por contener una prohibición emanada por la ley.

¹⁰³ Entre otros el Profesor Guillermo BORDA, en BORDA, Guillermo *Tratado de derecho de Familia*. 9° Edición. Editorial Perrot Buenos Aires. 2007. Pags 144 y sgts. *Ver Infra Pto. 9.1 del Capítulo VI*.

¹⁰⁴ Entre otros es la posición sostenida por Alberto SPOTA, en SPOTA, Alberto. “Nulidad manifiesta del matrimonio celebrado en el extranjero con el impedimento de ligamen derivado de un matrimonio celebrado en la República”. *Revista La ley*. Tomo 85. Buenos Aires. 1957. Pgs 585. *Ver Infra Pto. 9.2 del Capítulo VI*.

9.3. Matrimonio válido.

Una tercera postura expresa que el matrimonio es plenamente válido, se sustenta en una vieja doctrina y jurisprudencia del siglo XIX de la Corte de Casación francesa que estableció el principio “*pasde nullité sans texté*”, es decir no hay nulidad de matrimonio sin un texto que la establezca expresamente. De esta manera, no serían aplicables los principios generales sobre nulidad matrimonial (art. 18 del CC) sino que solo podría declararse nula las nupcias si así se estableciera en la parte pertinente del Código.

Entonces, desde esta posición y siguiendo la misma formula lógica (P>Q).-Q, se podría sostener que:

Si son impedimentos los contemplados por el artículo 166 y siguiente del Código Civil, y sólo son nulos los matrimonios celebrados en violación a los impedimentos que establecen los artículos 219 y 220 del este cuerpo normativo, el artículo 13 de la ley 12331 no es un impedimento matrimonial y por lo tanto tampoco podría declararse nulo un matrimonio que transgreda la prohibición que allí se consagra.

10. La cuestión de la antinomia.

La primera cuestión a determinar es si nos encontramos frente a un supuesto de antinomia es decir, un caso en donde la norma prohíbe una determinada conducta y otra la permite o si por el contrario no existe ninguna situación de antinomia jurídica.

Si admitimos la postura de los cultores del régimen de subsidiaridad de aplicación de los principios generales en materia matrimonial, no hay antinomia posible, porque ante

la trasgresión del enunciado normativo se aplicarán las sanciones pertinentes al Oficial del Registro y se declarará la nulidad de las nupcias por aplicación del artículo 18 del Código Civil.

Pero si nos abocamos a la postura que entiende que solamente puede ser declarado nulo un matrimonio cuando el ámbito específico del Código Civil, en materia matrimonial, así lo prevé (régimen de la especialidad) aparece la duda en relación a determinar si estamos frente a un caso de antinomia o no.

Es decir, para el régimen de la especialidad de las nulidades en materia matrimonial, solamente es nulo el matrimonio en el que expresamente se haya determinado esa sanción en el ámbito del Código que regula la institución matrimonial. Si bien esto no es una norma sino un principio sustentado por la doctrina y jurisprudencia de la Corte de Casación francesa,¹⁰⁵ es claramente incompatible con el artículo que venimos estudiando, en el cual se consagra la prohibición nupcial de contraer matrimonio a las personas afectadas de determinadas enfermedades, más aun porque este impedimento no establece la consecuencia para el supuesto de trasgresión.¹⁰⁶

Entonces, la ecuación queda así: el régimen de la subsidiariedad permite la aplicación del art. 18 del Código Civil, mientras que la postura opuesta no lo acepta, con lo cual la norma es meramente virtual o inactiva. De esta manera entendemos que existe una incompatibilidad normativa, aunque no sea tan evidente, porque como dice

¹⁰⁵ Ver *Supra* 9.3 de este Capítulo.

¹⁰⁶ Se entiende que existen dos normas que establecen consecuencias jurídicas divergentes aunque no sean antagónicas en su enunciado.

GUARINONI ellas existen cuando los casos se superponen total o parcialmente, y las soluciones son incompatibles, ya que si fueran equivalentes o una estuviera implicada por la otra, nos encontraríamos en un caso de redundancia, que no presenta mayores problemas.¹⁰⁷

Aquí hay un claro caso de superposición de soluciones normativas, que trae aparejado una incoherencia del sistema normativo¹⁰⁸; Supongamos el caso de una persona que adolece una enfermedad venérea y celebra un matrimonio con otra, según el régimen de la especialidad de las nulidades que no permite la aplicación de nulidades virtuales (art. 18 del CC) el matrimonio sería plenamente válido, mientras que para la tesis contraria sería nulo por aplicación de ese mismo artículo¹⁰⁹.

Pero, si bien el razonamiento se ajusta a derecho consideramos que podríamos incurrir en un error etimológico y conceptual, porque no hay que confundir la antinomia con la incoherencia normativa.

Entendemos entonces, que mientras la existencia de esta última, en un ordenamiento legal, configura indefectiblemente una situación de incoherencia normativa,

¹⁰⁷ GUARINONI, Ricardo Víctor. “Ley especial, posterior, y superior. Clasificación y pertenencia en la interpretación jurídica.” *Revista La Ley*. T. 2003-D, Sec Doctrina. Pgs. 1122 y sgts.

¹⁰⁸ Como dice GUARINONI *un sistema normativo es incoherente cuando correlaciona el mismo caso con soluciones contradictorias*. Aquí ello es evidente, ya que la solución del caso no surge claramente del ordenamiento jurídico sino, por el contrario, ella está supeditada a la postura del juez en el caso concreto y particular. GUARINONI, Ricardo Víctor. “Ley especial, posterior, y superior. Clasificación y pertenencia en la interpretación jurídica.” Ob. Cit. Pg. 1124.

¹⁰⁹ Sin entrar a discutir si se trata de un supuesto de nulidad absoluta o relativa. Cuestión que ha sido esbozada con precedencia. *Ver Supra 9.2 de este Capítulo*.

no ocurre lo mismo cuando se desenvuelve la situación inversa.

Es decir, no necesariamente la incoherencia normativa debe provenir de un caso de antinomia, puede, como en el supuesto que estamos analizando, devenir de un conjunto de disposiciones vigentes que inducen a la jurisprudencia y a la doctrina a posicionarse en concepciones antagónicas e incompatibles.

11. La solución del problema a través de la aplicación de los criterios para subsanar la incompatibilidad normativa.

Si bien en principio no parecería existir una gran contradicción entre las normas que venimos estudiando, la misma se evidencia al tratar las diferentes consecuencias que devienen de ellas, que tornan incoherente al ordenamiento jurídico y dejan en manos de los jueces la difícil tarea de elegir, en el caso concreto, una de entre dos soluciones jurídicas posibles.

Intentaremos, acudiendo a estos criterios, determinar de qué manera posible podríamos eliminar los conflictos jurídicos planteados:

11.1. Criterio Temporal.

En un sistema flexible como el nuestro, que permite la modificación e inclusión de normas dentro del ordenamiento jurídico, incluso en nuestra Constitución Nacional. Este criterio puede ser altamente certero para solucionar este tipo de conflictos.

Como vemos el artículo 13 de la ley 12.331 data del año 1936 y la ley de matrimonio civil (2.393), que establece los demás impedimentos matrimoniales data de 1888/89,

pero esta ley ha sido derogada y el nuevo régimen del matrimonio ya no es independiente del Código Civil, sino que la nueva ley 23.515 de 1987 ha incorporado expresamente las disposiciones al Código Civil de tal manera que forma un solo cuerpo legal con este.

Con lo cual, conforme al criterio temporal entendemos que prevalecería la ley 23.515 que incorpora los impedimentos consagrados en la ley de matrimonio civil (2.393) al Código Civil (artículo 166), más aún porque el legislador en ese entonces tuvo la posibilidad de incorporar el impedimento del artículo 12 de la ley 12.331 a la parte pertinente de Código y no lo hizo.

11.2. Criterio Jerárquico.

Deberíamos determinar qué norma es superior y cuál es inferior, pero como dice GUARINONI hay muchos cuerpos normativos, de diferente extensión (como por ejemplo los Códigos), dictados por la misma autoridad, en los cuales se considera que todas las normas tienen las mismas jerarquías.¹¹⁰ Por lo tanto, este criterio no es muy útil en nuestro análisis ya que las normas de que se trata, emanan de la misma autoridad, el Congreso de la Nación y poseen la misma calidad jerárquica.

11.3. Criterio Material.

A través de este criterio la norma que regula especialmente se impone sobre la que regula generalmente. El

¹¹⁰ GUARINONI Ricardo Víctor. “Ley especial, posterior, y superior. Clasificación y pertenencia en la interpretación jurídica.” Ob. Cit. Pag 1126

artículo 166 del Código Civil enuncia los impedimentos en materia matrimonial y los artículos 219 y 220 del Código establecen la consecuencia en el supuesto de trasgresión de la norma. El artículo 13 de la ley 12.331 crea un nuevo impedimento, pero para poder declarar la nulidad en el caso de violación de la prohibición que se consagra debemos acudir a las normas generales del Código, más precisamente al artículo 18 de ese cuerpo normativo.

12. Interpretación de la norma en análisis.

Es de particular importancia detenernos en la cuestión de la interpretación normativa, principalmente para determinar el alcance que contiene el enunciado que se está analizando cuando reza “...*enfermedad venérea en período de contagio...*”, porque en base a esta interpretación se puede dilucidar si enfermedades como el SIDA pueden verse comprendidas en el enunciado o no.

Como dice JOSSERAND la ley está destinada a ser aplicada y por lo tanto, a ser interpretada. El texto más límpido no podría prever todas las dificultades que pueden presentarse en la práctica, la vida es más ingeniosa que el legislador y que el mejor de los juristas. Es necesario, pues, realizar la adaptación del instrumento legislativo a la práctica, a la realidad y esta adaptación se efectúa por medio de la interpretación.¹¹¹

Este es el motivo del análisis interpretativo que proponemos, ya no para determinar la necesidad o inutilidad

¹¹¹ JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil. Teorías Generales del Derecho y de los Derechos. Las Personas.* Tomo I. Vol. I. Traducción de Santiago CUNCHILLOS Y MANTEROTA. Ediciones Jurídicas Europa - América Bosch y Cia. Buenos Aires. Pag. 83.

de la norma dentro del ordenamiento legal, sino para establecer el alcance de sus efectos en la actualidad.

Si se hace una interpretación en base a la escuela histórica de SAVIGNY evidenciamos los graves inconvenientes que ello trae aparejado en cuanto a sus resultados. La ley 12.331 data del año 1936, en donde difícilmente el legislador pudo tener en miras una enfermedad tan actual como el SIDA, y donde la motivación de este, recaía sobre cuestiones eugenésicas y profilácticas que serían difícilmente aplicables a este supuesto.

Entonces la cuestión consiste en determinar si esta enfermedad se encuentra comprendida dentro del concepto de enfermedad venérea en periodo de contagio.

Se conoce que la OMS ha dicho que el Sida es una enfermedad de transmisión sexual entre otras vías, con lo cual evidentemente es una enfermedad venérea.

Ahora bien, es más complicada la cuestión del periodo de contagio que menciona la ley porque, haciendo una interpretación gramatical, se puede alegar que el mismo no existe con respecto a esta enfermedad porque no hay tal cosa como periodo sino que la posibilidad de contagio es permanente.

No coincidimos con esta aseveración. El período existe por más que cueste reconocerlo por lo drástico, y está determinado por ese espacio de tiempo que comprende el momento en que la enfermedad se contagia, hasta que se produce la muerte del sujeto portador de la misma, con lo cual entendemos que el HIV está comprendido en el enunciado de la ley.

Desde esta perspectiva, el método que se debe aplicar en este caso es una interpretación de la voluntad objetiva del legislador, es decir, la voluntad de éste pero adaptada a las circunstancias actuales y si, como mencionamos

anteriormente, la OMS dice que el SIDA es una enfermedad de transmisión sexual entre otras vías, consideramos entonces, que se halla comprendida dentro del enunciado de la norma en análisis, con lo cual no nos caben dudas que se encuentra vigente la prohibición de contraer matrimonio a quienes padecen de HIV.

13. Conclusiones parciales.

Como enseña Vittorio FROSINI el jurista exige que su labor concluya con la justeza del razonamiento, con la justicia de la decisión, con la regeneración de la palabra de la ley. Para ello deberá conectar la ley con las otras leyes, la ley escrita con otras leyes escritas y con leyes no escritas, y todo ello lo hará sirviéndose de los principios o valores.¹¹²

Así, tomando partida por el criterio del régimen de la especialidad de las nulidades en materia matrimonial, consideramos que estamos frente a un caso de incoherencia normativa, que no llega a configurar un situación de antinomia, pero que por la incompatibilidad de criterios crea una situación jurídica disvaliosa.

Entendemos que un matrimonio celebrado en contraposición a la prohibición del artículo 13 de la ley 12.331 no será nulo, porque esa prohibición no está consagrada como impedimento en el ámbito que el Código Civil le ha reservado al derecho de familia, por ser una institución de cualidades particularísimas, y justamente porque la sanción de nulidad no surge de ese campo (de los arts 219 y 220 del CC) sino que hay que recurrir a las normas generales (art.18 del CC), aunque como hemos señalado en la parte pertinente, este criterio es materia de dura discusión doctrinal y judicial.¹¹³

Aun sosteniendo que se configura una situación de falsa antinomia,¹¹⁴ esto es así porque las disposiciones analizadas no son estrictamente contradictorias en su

¹¹² FROSINI Vittorio *“La letra y el espíritu de la ley”*. Editorial Ariel S. A. Barcelona. Pag. 150.

¹¹³ Ver *Supra* 9.2. *Acto nulo. De este Capítulo.*

¹¹⁴ Ver *Supra* 10. *La Cuestión de la antinomia. De este Capítulo.*

enunciado, no vemos que la norma A diga esto es de una determinada manera, mientras que la norma B diga que lo mismo es de la forma contraria, aún así, es evidente que la vinculación de estas normas con otros artículos del Código y especialmente con la posición doctrinal que se adopte produce conclusiones antagónicas creándose una situación de conflicto jurídico.

Esta dicotomía presenta características análogas a la incongruencia de disposiciones legales, aunque la misma deviene más de la interpretación de la doctrina que de la presencia de normas contradictorias, por ello consideramos que, dada la similitud de la situación de antinomia jurídica, y sumada a las circunstancias y fundamentos que venimos exponiendo, no habría impedimento para recurrir a los criterios empleados por los juristas para resolver este tipo de conflictos jurídicos.

Entonces haciendo una interpretación abrogante,¹¹⁵ y teniendo en cuenta que la norma posterior y especial prevalece sobre la anterior y general el conflicto jurídico debe resolverse por la derogación del artículo 13 de la ley 12.331.¹¹⁶

¹¹⁵ En realidad como dice BOBBIO se trata de una abrogación en sentido impropio, porque el jurista no tiene poder normativo y por consiguiente no tiene ningún poder abrogativo, el jurista sugiere soluciones a los jueces y eventualmente al legislador. BOBBIO Ob. Cit. Pag 210.

¹¹⁶ Abocándome solamente a dilucidar la cuestión técnico-jurídica y sin entrar a analizar la inconveniencia social de incluir como impedimento matrimonial el de “padecer una enfermedad venérea en período de contagio”

14. Bibliografía del Capítulo.

ASCOLI, Max. *La interpretación de las leyes*. Ensayo de Filosofía del Derecho. Editorial Losada S.A. Buenos Aires.

AFTALIÓN, Enrique R. GARCÍA OLANO, Fernando, VILANOVA. José *Introducción al derecho. Nociones Preliminares. Teoría General*. Editorial El Ateneo. Buenos Aires. 1960.

BOBBIO, Norberto. *Teoría General del Derecho*. Editorial Debate. Madrid. 1992.

BORDA, Guillermo A. *Derecho Civil Parte general*. 20 ° edición. Editorial Astrea. Abeledo- Perrot. Buenos Aires. 2003.

BORDA, Guillermo *Tratado de derecho de Familia*. 9° edición. Editorial Perrot. Buenos Aires. 2007.

BOSSERT, Gustavo A. ZANONNI, Eduardo A. *Manual de Derecho de Familia*. 4° edición. Editorial Astrea. Buenos Aires 1996.

FROSINI. Vittorio *La letra y el espíritu de la ley*. Editorial Ariel S. A. Barcelona. 1995.

GUARINONI, Ricardo V. “Algunas consideraciones acerca de la obligación de reparar”. *Revista La Ley*. Tomo 1975-D. Sec Doctrina. 508/511.

GUARINONI, Ricardo Víctor “La inexistencia jurídica”. T. 2004-A, *Revista La Ley*. Sec Doctrina. Buenos Aires.

2004. 1408/1417.

GUARINONI, Ricardo Víctor “Ley especial, posterior, y superior. Clasificación y pertenencia en la interpretación jurídica.” *Revista La Ley*. T. 2003-D, Sec Doctrina. Buenos Aires. 2003. Pags. 1122/1130.

JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil. Teorías Generales del Derecho y de los Derechos. Las Personas*. Tomo I. Vol. I. Traducción de Santiago CUNCHILLOS y MANTEROTA. Ediciones Jurídicas Europa - América Bosch y Cia. Buenos Aires. 1950.

LOPEZ RUF, Pablo. *Comentario sobre la teoría general de las normas*. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1996.

MENDEZ COSTA, Mará Josefa, D´ANTONIO, Daniel Hugo. *Derecho de Familia*. T. I. Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fé. 2001.

NAWIASKY, Hans. *Teoría General del derecho*. Traducción de la Segunda Edición en lengua alemana por el José ZAFRA VALVERDE. Ediciones Rialp S. A. Madrid. 1962.

RAMIREZ GRONDA, Juan D. *Diccionario jurídico*. 7ma. edición. Editorial Claridad. Buenos Aires. 1974.

ROSS, Alf. *Lógica de las normas*. Traducción de José S. P. HIERRO GRANADA. Editorial Comares S. L. Granada. 2000.

SPOTA, Alberto. “Nulidad manifiesta del matrimonio celebrado en el extranjero con el impedimento de ligamen

derivado de un matrimonio celebrado en la República”.
Revista La ley. T 85. Buenos Aires. 1957. Pags. 575/583.

VERNENGO. Roberto José *Curso de Teoría General del Derecho*. 2° Edición. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1985.

1. Impedimentos matrimoniales.

1. 1. Consideraciones generales.

Explica el notable autor español PUIG PEÑA que junto a la aptitud natural que deben tener quienes deseen contraer matrimonio, el Derecho exige asimismo una aptitud legal, es decir, que concurren en los dos contrayentes determinadas circunstancias previstas por el legislador. Estas circunstancias, tradicionalmente se han formulado en forma negativa y han dado lugar a la clásica teoría de los impedimentos matrimoniales, construida por la ciencia del derecho canónico.¹¹⁷

De esta manera, aparece la idea de impedimentos matrimoniales que, como los define VIDAL TAQUINI es el conjunto de requisitos que la ley exige para que una persona pueda celebrar matrimonio. Los requisitos pueden ser biológicos, que hacen a la *aptitud física*: edad (art. 133 y 166, inc. 5º), ausencia de enfermedad contagiosa o grave deficiencia psíquica o física de la persona que pretende casarse con un menor (art. 169, inc. 3º), enfermedad venérea en período de contagio (art. 13 de la ley 12.331), y con proyección posterior a la celebración del matrimonio: la impotencia de uno de los cónyuges, o de ambos, que impida absolutamente las relaciones sexuales entre ellos, lo cual provoca la nulidad relativa del matrimonio (art. 220, inc. 3º). La persona que quiere contraer matrimonio debe estar acorde con las exigencias ético-sociales reclamadas por la

¹¹⁷ PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de Derecho Civil Español*. Tomo II. *Derecho de Familia*. Vol. I. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1957. Pag. 109.

comunidad a la cual pertenece, las cuales hacen a su *aptitud ética* para casarse con otra persona: no ser pariente consanguíneo, adoptivo o afín, en los límites previstos por la ley (art. 166, incisos 1°, 2°, 3°, 4°); no tener ligamen anterior (art. 166 inc. 6°); no haber sido autor, cómplice o instigador del homicidio doloso del cónyuge de la persona con quien pretende casarse (art. 166, inc. 7°); no tener imposibilidad de expresar su consentimiento al tiempo de la celebración (art. 1666, inc. 8° y 9°); no observar conducta desordenada o inmoral cuando pretende casarse con un menor (art. 169, inc. 4°); además de la contemplación ética que la ley efectúa cuando sanciona de nulidad relativa al matrimonio celebrado adoleciendo el consentimiento del los vicios de error, dolo y violencia (art. 175 y 220, inc. 4).¹¹⁸

1.2. Clasificación de los impedimentos matrimoniales.

Si bien puede encontrarse diferentes clasificaciones de los impedimentos, nos interesan en especial tres: por un lado la que distingue entre impedientes o dirimentes, por otro la que distingue entre permanentes y transitorios, y por último la que diferencia los impedimentos absolutos de los relativos.

¹¹⁸ Los impedimentos deben constituir la excepción porque el principio es que la persona es hábil para casarse, en este orden de ideas VIDAL TAQUINI sostiene que el derecho a casarse es un derecho natural, la ley parte del principio que toda persona es hábil para hacerlo; por ello establece inversamente los impedimentos, que son los hechos, según el estado de las personas, que obstan a la celebración del matrimonio, cuyo fundamento reside en que no se cumplen las exigencias *físico-éticas-sociales* que la ley determina para considerar a una persona con aptitud nupcial. VIDAL TAQUINI, Carlos H. *Matrimonio Civil. Ley 23.515*. 1° Edición. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1991. Pag. 54.

1.2.1. Impedimentos y dirimentes.

Los impedimentos matrimoniales pueden ser de dos especies: impedimentos o dirimentes.

Los *impedimentos dirimentes* atentan contra la validez del acto, siendo su consecuencia la nulidad de las nupcias la consecuencia antes su trasgresión.

Los *impedimentos impeditivos* son aquellos que no provocan la nulidad del acto jurídico matrimonial sino otro tipo de sanción legal.

En el primer caso podemos citar el ejemplo de dos personas que se casan mediando consanguinidad (artículo 166 inciso 1° y 2°), en el segundo supuesto podemos incluir el caso de los menores que acceden al matrimonio sin la debida autorización que establece la ley (artículo 168 del Código Civil), la sanción legal que establece el Código Civil es la inaptitud nupcial hasta alcanzar la mayoría de edad (artículo 131 segundo párrafo).

1.2.2. Impedimentos permanentes y transitorios.

Por otro lado los impedimentos pueden ser permanentes o transitorios.

Son *permanentes* cuando los mismos no desaparecen por el transcurso del tiempo, es decir nunca podrán contraer matrimonio dos hermanos porque siempre los va a unir ese lazo de parentesco los va a unir durante toda la vida.

Son *transitorios* cuando las circunstancias personales

que conllevan a la existencia del impedimento pueden desaparecer. Por ejemplo la persona que llegada a la mayoría de edad (artículo 126 del Código Civil) adquiere la aptitud nupcial que en la minoridad no poseía.

1.2.3. Impedimentos relativos y absolutos.

También podemos dividir a los impedimentos en absolutos y relativos.

Solían repetir los hermanos MAZEAUD que, algunos impedimentos son relativos, en el sentido de que no vedan el matrimonio sino con ciertas personas determinadas; otros son absolutos, o sea, que el matrimonio está prohibido con quien quiera que sea.¹¹⁹

Compartimos la opinión de los destacados tratadistas franceses, por ello decimos que los impedimentos *absolutos* son aquellos que no permiten unir la persona con ningún otro sujeto. Son impedimentos intrínsecos a quien los padece. Por ejemplo quien se encuentra privado, permanente o transitoriamente, de la razón por cualquier causa. (Artículo 166 inciso 8 del Código Civil).

Son *relativos* aquellos que impiden las nupcias con sujetos determinados, por ejemplo quienes se encuentran en grado de afinidad en línea recta. (Artículo 166 inciso 4 del

¹¹⁹ MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, León, MAZEAUD, Jean. *Lecciones de Derecho Civil*. Parte Primera. Volumen III. La familia. Constitución de la familia. Traducción de Luis ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1959. Pag. 145.

código Civil)

Permanentes-----Transitorios

Absolutos-----Relativos

La combinación de los impedimentos absolutos y permanentes trae aparejada una consecuencia perversa para el sujeto que se encuentra en ella: *la imposibilidad de contraer matrimonio por el resto de su vida.*

Como dijimos oportunamente, la particularidad que presentan los impedimentos permanentes es que se refieren a personas determinadas o supuestos especiales (relatividad), que siempre dejan subsistentes la posibilidad de contraer nupcias con otros sujetos o ante otras circunstancias. La existencia del SIDA hace variar toda esta percepción, porque admitiendo que el mal se encuentra comprendido en el enunciado del artículo 13 de la ley de profilaxis, evidentemente quien lo padece no podrá contraer matrimonio por el resto de su vida, salvo si se descubre la cura de la enfermedad.

1.3. La prohibición del artículo 13 de la ley 12.331 como impedimento: Finalidad inmediata y mediata.

Sin lugar a dudas que el fin perseguido por los creadores de la ley 12.331, al determinar la prohibición nupcial para aquellas personas que adolezcan de una “*enfermedad venérea en periodo de contagio*”, es la inclusión de un nuevo impedimento matrimonial, fundado en razones eugenésicas, y con un fin profiláctico.

Además de encontrarse dentro de la llamada ley de profilaxis, es la propia doctrina la que ha calificado su origen y finalidad, de esta forma DÍAZ DE GUIJARO manifiesta este enunciado caracteriza el fin eugenésico de la ley y su firme propósito de impedir el matrimonio de quienes padezcan dolencias tan vinculadas con la salud racial y con el bienestar de la familia, y más adelante agrega la ley trata con esta restricción, de despertar el interés por la curación y por el tratamiento sistemático. A la finalidad eugenésica, que es mediata, se añade la profiláctica, que es inmediata. Y eliminado el periodo de contagio se recupera la aptitud nupcial.¹²⁰

Entonces, la finalidad que persigue la norma en relación a su enunciado es justamente crear un impedimento matrimonial, es decir una restricción al derecho a contraer matrimonio. Vale decir, que la cuestión se vuelve confusa si se admite que el SIDA se encuentra incluido en el enunciado de la norma, porque la finalidad inmediata no se cumple y la mediata en muchos casos tampoco.

2. Certificados médicos prenupciales y SIDA.

El artículo 187 inc. 4° del Código Civil impone a los futuros contrayentes la obligación de presentar al oficial público encargado del Registro del Estado y Capacidad de las Personas “los certificados médicos prenupciales”. Dichos certificados, previstos en las leyes 12.331 y 16.668, son expedidos por las autoridades sin indagar sobre la presencia del virus transmisor del SIDA.

¹²⁰ DIAZ DE GUIJARRO, Enrique. *Matrimonio y Eugenesia. El impedimento matrimonial de enfermedad*. Editorial. Guillermo Kraf SRL. Buenos Aires. Pag. 174.

Un gran debate se ha gestado en relación a determinar si se encuentra incluido el HIV dentro del enunciado del artículo 13 de la ley de profilaxis, y por ende si debe indagarse o no sobre la existencia del SIDA en los certificados.¹²¹

¹²¹ Creemos que este debate adquiere no menos de tres dimensiones: *legislativa, doctrinaria y jurisdiccional*.

En cuanto a la *dimensión legislativa* se han dictado normas positivas que exigen el test de VIH como examen prenupcial, aunque con distintos alcances. Así, la ley cordobesa, referida a las enfermedades de transmisión sexual, pero cuyo catálogo comprende expresamente al SIDA, establece que los certificados médicos prenupciales expedidos por la autoridad competente serán de realización obligatoria para las personas que contrajeran matrimonio, en prevención de las enfermedades contempladas por la ley, y en la forma y modalidades que se establezcan por vía reglamentaria. En cambio, la ley catamarqueña, si bien dispone la obligación de practicar el test prematrimonial, establece que el certificado extendido no deberá contener el resultado, el que será comunicado en forma personal a los interesados por el Centro Único de Referencia para la Prevención del HIV. Además, dispone expresamente que el resultado positivo no obstaculizará la celebración del matrimonio.

Algunas leyes provinciales han consagrado fórmulas intermedias, que por ejemplo invitan a practicar el test en caso de matrimonio, con garantía de confidencialidad, y con notificación del resultado al interesado y al futuro cónyuge. Independientemente de tal invitación, todos los futuros contrayentes, y los padres de niños recién nacidos-previo registro de su nacimiento-, deben ser informados por la autoridad del Registro Civil sobre las formas de transmisión de los retrovirus humanos y SIDA, como así de los medios y formas de evitar su contagio (art. 6°). WIERZBA, Sandra. *Sida y responsabilidad Civil*. Editorial Ad-hoc. SRL. Buenos Aires. Pag. 231/2.

La *dimensión doctrinal*, que será desarrollada en los puntos venideros, centra su atención en explicar argumentativamente la conveniencia ética de incluir a la enfermedad dentro del impedimento eugenésico.

Desde la *óptica jurisprudencial*, como veremos oportunamente

Tal es la magnitud de la cuestión que ha motivado el análisis exhaustivo de los juristas a través de jornadas y eventos. Podemos mencionar 3 de las reuniones más significativas donde se debatió el tema: la XI Conferencia Nacional de Abogados celebrada en San Carlos de Bariloche, las Primeras Jornadas de Derecho de Familia de Morón, y las Cuartas Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal.

En la *XI Conferencia Nacional de Abogados celebrada en San Carlos de Bariloche* se declaró entre otros aspectos que si se considera al SIDA una enfermedad de transmisión sexual, resulta aplicable el artículo 13 de la ley 12.331 y el artículo 1 ley 16.668 y el artículo 187 inc. 4 del Cód, Civil (ley 23.515). Sin perjuicio de eso ante la eventualidad de que se produzcan dudas en su aplicación, se exigirá por medio de la disposición del registro de las personas, la obligatoriedad de la realización y la presentación del examen médico prenupcial.¹²²

En las *Primeras Jornadas de Derecho de Familia de Morón* se enfatizó: debe interpretarse que, siendo el SIDA, una enfermedad de transmisión sexual, resulta aplicable el artículo 13 de la ley 12.331 y el artículo 1 de la ley 16.661 y el artículo 187 inc. 4 del Código Civil.¹²³

solo un fallo en nuestro país llegó al decisorio jurisdiccional, entendiéndose que el Sida no constituía un impedimento para contraer matrimonio.

¹²² SUAREZ, Cesar Roberto. "El SIDA y la urgente necesidad de legislar imponiendo el impedimento matrimonial dirimente de carácter transitorio". *Revista de Jurisprudencia Argentina*. Tomo 1991-IV, Octubre- Diciembre. Buenos Aires. 1991. Pag. 677/8.

¹²³ SUAREZ, Cesar Roberto. "El SIDA y la urgente necesidad de..."

En las Cuartas Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal, se resolvió lo siguiente:

Por mayoría: El síndrome de inmunodeficiencia adquirida no está comprendido en el impedimento del artículo 13 de la ley 12.331. (Patricia ARECHAGA, Karina HUBERMAN, Graciela TAPIA, Nelly MIYERSNKY, Eduardo MONTI, Cesar Alberto LOMBARDI, Nora LLOVERAS, Mirta LLUNDAI, Carlos ARIANNA, Mabel FERNANDEZ, Patricia ROCA DE ESTRADA, Eloy Abel ROLDÁN, Aida KEMELMAJER DE CARLUCCI)

Por minoría: Debe interpretarse que siendo el SIDA. una enfermedad de transmisión sexual, está comprendida en el artículo 13 de la ley 12.331. (María del Carmen YARKE Y José VELAZCO, Eduardo ZANNONI).¹²⁴

Como se evidencia, existe una discrepancia arraigada en torno a dilucidar el papel del derecho de familia, y en especial el de los impedimentos matrimoniales, frente al SIDA.

3. Diferentes corrientes doctrinarias en torno a la inclusión del SIDA en los exámenes prenupciales.

3.1 Corrientes que admiten la inclusión de la enfermedad.

La doctrina sigue siendo no conteste al respecto, hay autores que sostienen que la enfermedad forma parte del concepto de *“enfermedad venérea en periodo de contagio”*, así

Ob. Cit. Pag. 678.

¹²⁴ “Cuartas Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, y Procesal” *Revista de Jurisprudencia Argentina*. Tomo 1990-IV. Buenos Aires. 1990. Pag. 904/5.

VELAZCO Y YARKE expresan que ante la ausencia de una disposición expresa que determine la necesidad de efectuar estudios previos a la celebración del matrimonio tendientes a determinar la existencia o no del virus del SIDA, debe interpretarse que este flagelo universal se encuentra comprendido dentro del elenco de enfermedades venéreas en los términos del artículo 13 de la ley 12.331, y en consecuencia, atento a su alta contagiosidad, se constituye en impedimento para la celebración del acto jurídico matrimonial.¹²⁵

En este sentido podemos citar a MAZINGHI, este autor entiende que si la duración de la enfermedad es indeterminable, la seguridad del contagio total y las consecuencias del mal gravísimas, sea lícito, mientras no aparezcan medios seguros para que la enfermedad remitida o el contagio sea evitado, prohibir el matrimonio de quienes, casándose, difundirían amplísimamente el mal, con deplorables consecuencias para la comunidad.

Es por ello que concluye de manera contundente, aseverando que el sida esta incluido entre los casos de impedimentos por enfermedad venérea en periodo de contagio, que establece la ley 12.331, y que, por consiguiente, las autoridades sanitarias deberán incluir, en los exámenes prenupciales, el análisis destinado a determinar si alguno de los contrayentes, o ambos padecen

¹²⁵ Es por ello, sostienen que los exámenes prenupciales deben comprender los estudios necesarios tendientes a determinar la presencia de esta enfermedad a fin de evitar que el vínculo se contraiga entre quienes se hallan afectados de la misma, aun cuando se trate de los llamados portadores sanos. VELAZCO, José Raúl y YARKE, María del carmen. "Abordaje integral del SIDA en el derecho de familia" *Revista La Ley*. Tomo 1992-A. Buenos Aires. 1992. Pag. 601.

de SIDA.¹²⁶

3.2. Corrientes que pregonan la exclusión de la enfermedad.

Hay quienes sustentan, con gran ahínco, que la enfermedad se encuentra excluida de los certificados prenupciales porque es ajena al concepto de enfermedad venérea. Como se verá mas adelante, no compartimos esta opinión.

Por otro lado, otros autores entienden que la enfermedad se encuentra excluida de ese enunciado, pero abogan por incorporar un impedimento especial que contemple este supuesto, de esta manera sostiene SUARES que es necesario, incluir expresamente como impedimento dirimente la portación del virus causante del SIDA en cualquiera de los futuros contrayentes. Este impedimento tendrá carácter transitorio y subsistirá hasta que la enfermedad haya sido controlada por la ciencia médica erradicando su carácter mortal.¹²⁷

4. La interpretación actual de la ley: el SIDA como enfermedad venérea en periodo de contagio.

A nuestro entender, es menester hacer un análisis minucioso de los términos legales empleados para encuadrar

¹²⁶ MAZZINGHI, Adolfo Jorge. *Derecho de Familia*. Tomo I. 3° Edición. Editorial Abaco. Pag. 196/7. Aunque sostiene que la restricción a la libertad de contraer matrimonio debe estar limitada por distintos elementos -su temporalidad, la certeza del contagio y la gravedad del mal.

¹²⁷ SUAREZ, Cesar Roberto. "El SIDA y la urgente necesidad de legislar imponiendo el impedimento matrimonial dirimente de carácter transitorio". Ob. Cit. Pag. 678.

el supuesto de hecho, porque la ley no es lo que queremos que sea sino lo que es. Por lo tanto, proponemos el siguiente proceso de análisis, del cual ya hemos dado indicios cabales en otra parte de esta investigación, pero consideramos necesario dejar bien en clara nuestra posición al respecto.

En primer término, es preciso saber si el SIDA es *una enfermedad venérea*, luego debemos soslayar si existe un *periodo de contagio*, y por último una mención a la *interpretación* o sentido que debemos darle a la norma.

4.1. El SIDA como enfermedad venérea.

En cuanto a si el sida es una *enfermedad venérea*, entendemos que sí lo es, porque aunque se adviertan otras vías de contagio, ello no obsta entender que una de las sendas de acceso más frecuentes al mal es la sexual. En este sentido, dice MAZZINGHI, que la forma con la cual se contagia dicha enfermedad no es exclusivamente el contacto sexual, sino que hay otros modos de contagio que se producen a través de la sangre. Pero esta característica no es sin embargo, exclusiva del sida. También la sífilis admite otros tipos de contagio que no consisten en la relación sexual con un enfermo.

Avalando la posición que acto seguido vamos a proponer, sostiene el jurista, que no cabe, pues excluir al SIDA de los exámenes médicos prenupciales, por dudar de su carácter venéreo, que es el previsto por la ley 12.331, ya que resulta de la posibilidad de contagio mediante el acoplamiento sexual, sin perjuicio de otras vías de acceso a la enfermedad.¹²⁸

¹²⁸ MAZZINGHI, Adolfo Jorge. *Derecho de Familia*. Ob. Cit. Pag. 197.

Por otro lado, tanto el Ministerio de Salud de la Nación,¹²⁹ como la OMS califican al SIDA como una enfermedad de transmisión sexual, por lo que encuadraría dentro de las enfermedades venéreas, aunque existen otras importantes fuentes de contagio.¹³⁰

4.2. Sobre el período de contagio.

En cuanto al *período de contagio*, la cuestión parece más compleja. En cierta medida, se dice que no podríamos hablar de periodo de contagio porque la enfermedad es permanente, entonces no habría período. En este sentido sostienen MONTI y MINYERSKY que el impedimento que sanciona la mentada ley reviste el carácter de transitorio, ya que solo rige durante el periodo de contagio. Pasado dicho lapso, aun cuando la enfermedad persista, los contrayentes adquieren aptitud nupcial. En cambio con los portadores del HIV, con el actual nivel de conocimiento, este período no tendría fin, con lo cual concluyen los autores, que esta

¹²⁹ Conforme con informes oficiales del Ministerio de Salud, existen tres grandes vías de contagio. Se dividen en grupo por transmisión sexual, por vía del torrente sanguíneo y transmisión madre-hijo. En el primer caso, la transmisión sexual se genera en los distintos tipos de relaciones sexuales que tiene diferente capacidad de infectar, y es posible que una sola relación no alcance en todos los casos, para producir su contagio. SARLO, Rubén Mario. Afectados de Sida y posibilidad de contraer matrimonio. Civil. (Delicada tarea de la jurisprudencia ante el vacío legal). *Revista La Ley*. Tomo 1993-A. Sección Doctrina. Pag. 1125.

¹³⁰ FANZOLATO, Eduardo Ignacio. "El SIDA y el derecho de familia". *Revista de la facultad. Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*. Vol 2. Año 1994. Córdoba. Pag. 108.

circunstancia escapa al tenor de la ley 12.331.¹³¹

Esto es inexacto, porque técnicamente existe un período. Es decir, por período entendemos un espacio de tiempo de se compone de dos términos, uno inicial y otro final, en el caso de análisis hemos encontrado los mismos, el término inicial es del momento en el que se *contagia la enfermedad*, y el termino final, por lo menos en la actualidad, es el de la *muerte*, por más drástico que ello suene, porque hasta hoy no se conoce la cura de la enfermedad.

4.3. Sobre el espíritu legislativo.

Por último, se podría pensar que el HIV no debe entenderse incluido dentro del enunciado de la norma porque el legislador nunca podría haber tenido en cuenta una enfermedad como ésta al momento de gestar la norma, justamente porque ella no existía o por lo menos no se tenía conocimiento de su existencia.

Ello es absurdo, porque para arribar a esta interpretación deberíamos circunscribirnos a la escuela histórica de SAVIGNY, es decir entender a la ley conforme la tuvo en miras el legislador que la gestó. Nosotros proponemos leer la norma teniendo en cuenta los elementos legislativos teleológicos, pero conforme a las circunstancias actuales y adaptadas a ellas.

Es obvio que el legislador no pudo tener en cuenta al SIDA al momento de gestar la norma, pero es plenamente aplicable la ficción de entender que dicho enunciado incluye al SIDA en relación a la voluntad actualizada del generador

¹³¹ MONTI, Eduardo J. MINYERSKY, Nelly. El SIDA y los impedimentos matrimoniales. *Revista La Ley*. Tomo 1991-C. Sección Doctrina. Buenos Aires. 1991. Pag. 842.

de la norma, en definitiva el derecho recurre sistemáticamente a ficciones y ello no está mal, el problema surge cuando la ficción se transforma en una ilusión, en este sentido dice DE LORENZO que las ficciones son falsedades que se asumen como tales. La ilusión, también es una falsedad, pero a diferencia de la ficción, es creída como verdadera.¹³²

En definitiva al hablar del espíritu de la ley se exige una acepción objetiva y no una percepción imprecisa basada en subjetividades abstractas y difíciles de probar.

Nuestra posición sobre el tema la podemos comprimir en el siguiente razonamiento deductivo:

Si la OMS ha dicho que el HIV es una enfermedad venérea aunque existan otras vías de contagio;

Si afirmamos que el período existe como tal;

Si nos ubicamos en la interpretación de la ley en razón de la cual adaptamos la norma a las circunstancias actuales para no tornarla virtual.

Entonces entendemos que el SIDA se encuentra comprendido dentro del enunciado de la norma.

¹³² DE LORENZO, Federico. “Breves reflexiones sobre ficciones y mitos en el Derecho Privado”. En ALTERINI, Atilio, NICOLAU Noemí (Directores), HERNANDEZ, Carlos (coordinador). *El Derecho Privado ante la Internacionalidad, la Integración y la Globalización*. Editorial. La Ley. Buenos Aires. Pag. 72.

5. Necesidad o innecesidad de incluir al SIDA como impedimento: una cuestión ética y jurídica.

Ya desde tiempos pretéritos y en un desdén desesperado por encaminar la situación, decía DÍAZ DE GUIJARRO, es menester la inmediata sanción de leyes nacionales y provinciales y de ordenanzas municipales, todo con máxima rapidez, para la sanción de normas legales profilácticas imperativas, como también la ampliación indispensable del impedimento de enfermedad venérea, que contiene la ley de matrimonio civil, para incluir como nuevo impedimento matrimonial padecer SIDA.¹³³

Comparte esta posición SUAREZ, quien encuentra un fin social en la prohibición,¹³⁴ entiende que la normativa debe brindar una respuesta a la sociedad impidiendo las uniones para evitar lesionar a la sociedad misma, dice que es necesario incluir expresamente como impedimento dirimente

¹³³ DIAZ DE GUIJARRO, Enrique. "El SIDA como problema jurídico en cuanto a aptitud nupcial y a los efectos familiares" *Revista de Jurisprudencia Argentina*. Tomo 1987-IV, Octubre-Diciembre. Buenos Aires. 1987. Pag. 839. Continúa el prestigioso jurista aseverando en este sentido, que la regulación normativa tal vez se adelante, así, a lo que cabe anhelar, esto es, que la ciencia elimine o compense los riesgos del SIDA. Pero mientras es deber inexcusable establecer regulaciones y procedimientos que liberen de tales inmediatos riesgos del SIDA y esto exige en el campo jurídico la inmediata implantación legislativa del impedimento matrimonial por causa de SIDA.

¹³⁴ Dice SUARES que no solo los que resultarán damnificados por el contagio, sino la sociedad tiene derecho a impedir la prolongación de la unión matrimonial y la conservación de un vínculo que solo proporcionará una descendencia condenada a muerte. SUARES, Roberto Cesar. "El S.I.D.A. y la urgente necesidad de legislar imponiendo el impedimento matrimonial dirimente de carácter transitorio". Ob. Cit. Pag. 678.

la portación del virus causante del SIDA en cualquiera de los futuros contrayentes. Este impedimento tendrá carácter transitorio y subsistirá hasta que la enfermedad haya sido controlada por la ciencia médica erradicando su carácter mortal, en similar sentido se pronuncia MOSQUERA, para quien razones de orden social, de sanidad general nos llevan a aceptar la instauración de un nuevo impedimento para el matrimonio, aunque, reconoce el autor, el impedimento no solucionará el problema de fondo, y además el concubinato sería una vía de escape a la prohibición.¹³⁵

Por otro lado, para este autor, el orden constitucional no se vería lesionado, porque entiende que la tesis permisiva en cuanto se funda en el art. 19 de la Constitución, olvida que, conforme al texto constitucional las acciones privadas de los hombres son intangibles no solo en tanto no ofendan al orden y la moral pública, sino también en cuanto no perjudiquen a terceros. Y son precisamente terceros tanto el contrayente sano que será condenado al contagio, como la descendencia, que no ha podido prestar su consentimiento para venir a este mundo con secuelas funestas.¹³⁶

Nosotros entendemos que la norma tiene un claro fin eugenésico que consiste en evitar transmitir la enfermedad al otro cónyuge y principalmente a la prole, si bien consiste en un fin social noble, este es utópico y no se condice con la realidad del siglo XXI¹³⁷, además, como enseña FANZOLATO,

¹³⁵ MOSQUERA, Gerardo Raúl. "El SIDA como impedimento del matrimonio civil". *Revista La Ley*. Tomo 1992-E, Sección Doctrina. Buenos Aires. 1992. Pag 1258.

¹³⁶ SUARES, Roberto Cesar. El S.I.D.A. y la urgente necesidad de legislar imponiendo el impedimento matrimonial dirimente de carácter transitorio. Ob. Cit. Pag. 679.

¹³⁷ Al momento de gestarse la norma allá por el año 1936 la realidad social de nuestro país era otra, la institución matrimonial era

los mismos peligros sanitarios para la pareja y su descendencia generan el concubinato y, respecto de estas últimas uniones de hecho, sería imposible jurídicamente imponer una exigencia similar a la que intentaría crear un impedimento matrimonial, además se generaría un resultado disvalioso ya que los enfermos quedarían condenados a las uniones sexuales extraconyugales.¹³⁸

diferente, en la mayoría de los casos se accedía al matrimonio sin acceso carnal anterior al mismo, pero, evidentemente la cuestión ha variado considerablemente.

¹³⁸ Este autor, manifiesta que nuestra ley positiva no contempla al SIDA entre los impedimentos matrimoniales. En cuanto a si debería incluirse como tal, sostiene que no.

Entre las razones que fundamentan la inconveniencia de incluir al SIDA dentro del ámbito jurídico - matrimonial de los impedimentos matrimoniales, expresa: si el impedimento se fundara en el miedo a propagar la enfermedad, sea contagiando al cónyuge sano o transmitiéndola a través de un prole hereditariamente enfermo, tales peligros pueden conjurarse a través de la práctica sexual en condiciones no aptas para la transmisión de la enfermedad al cónyuge o en forma tal que se haga inviable la procreación. No debe olvidarse que la procreación no es el único fin u objetivo que persigue la institución matrimonial. Si así fuera, debería negarse el vínculo civil aquellos que están inhabilitados física o psíquicamente para procrear. Aunque quedase excluida la procreación subsistirían otros importantes fines de la unión conyugal; tales como la ayuda mutua, la asistencia y el estímulo que puede significar el matrimonio en orden a lograr un desarrollo humano de los esposos en todos los aspectos de la vida (físico, moral e intelectual)

En el estado sanitario actual de nuestro país sería imposible un testeo masivo de personas sin antecedentes porque tales pruebas, a más de antieconómicas e imposibles de afrontar de acuerdo a la realidad financiera de la República Argentina, exigen una infraestructura sanitaria de la que solo se dispone en las grandes ciudades. No olvidemos que la institución del matrimonio rige tanto para el habitante de las capitales como para el poblador de zonas rurales alejadas de los centros ciudadanos. FANZOLATO, Eduardo

6. Rozando los umbrales de la discriminación.

Pero evidentemente la existencia de un impedimento de estas características podría traer aparejado un claro supuesto de *discriminación*, porque quienes padecen de este mal se encontrarían vedados por siempre de contraer nupcias, quedando circunscriptos a mantener uniones de hecho.

Consideramos que un impedimento de esta índole podría ceñirse con el espíritu mismo de la ley de SIDA, en este sentido ZANNONI Y BOSSERT sostienen que sobre la base de los principios programáticos de la ley 23.798, debemos preguntarnos sostener que el sida constituye un impedimento matrimonial no implica una discriminación que margina de legalidad a quienes pretenden casarse, condenándolos, sin remedio definitivamente, a mantener relaciones extramatrimoniales sin beneficio propio y sin constituir tampoco, un medio idóneo para la asistencia y tratamiento del mal.¹³⁹

Este argumento también ha sido robustecido por el Profesor Cordobés FANZOLATO, quien hace especial mención en la desvalía constitucional que provocaría admitir al SIDA dentro de los impedimentos matrimoniales, dice el autor que

Ignacio. "El SIDA y el Derecho de Familia" Ob. Cit. Pag. 107.

¹³⁹ BOSSERT Gustavo A. - ZANNONI Eduardo A. *Manual de derecho de familia*. Editorial Astrea. 4° Edición Buenos Aires. Argentina. 1996. Pag. 401. Estos autores ponen de resalto algunas pautas esbozadas por MINYERSKY cuando explica que los factores determinantes que se deben tener en cuenta al legislar sobre SIDA, menciona la autora que la no discriminación y el respeto a los derechos humanos sopesando lo concerniente al derecho público y privado. MINYERSKY, Nelly. "El derecho de familia frente al SIDA. En *Revista de Derecho de familia*. Abeledo Perrot. Buenos Aires. Pag. 91.

un precepto legal en tal sentido implicaría una violación del ius connubio, como derecho del hombre a casarse y a fundar una familia (art. 16 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre; art. 17 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos; Pacto de San José de Costa Rica, ratificado por ley 23.054); además se incurriría en una total abstracción de los principios de dignidad y de no discriminación amparados implícitamente por la Constitución Nacional y explícitamente por la ley 23.798.¹⁴⁰

En sentido contrario se argumenta, que por sobre todas las cosas debe protegerse el derecho a la integridad física, psíquica y moral (art. 5° inciso 1° C. A. D. H), comprensivo del derecho a la vida (art. 4, incl 1° C. A. D. H), de los futuros descendientes, ¹⁴¹en este orden de ideas sostiene SARLO que la naturaleza de los hechos y su peligrosidad para la humanidad es suficiente motivo, al menos en nuestro país, para volcar la balanza a favor de esa percepción, argumentando que si esto de defender la sociedad de un enemigo mortal es discriminar, debemos revisar urgentemente los conceptos porque ya no sirven.¹⁴²

¹⁴⁰ FANZOLATO, Eduardo Ignacio. "El SIDA y el derecho de familia". Ob. Cit. Pag. 109.

¹⁴¹ MOSQUERA, Gerardo Raúl. "El SIDA como impedimento del matrimonio civil". Ob. Cit. Pag 1257. Esta es la posición sostenida por el autor en diversas publicaciones, en otras oportunidades ha dicho que los principios que emergen de la ley de SIDA en cuanto a su confidencialidad parecen debilitarse frente a la necesidad de proteger la salud pública. Ello acontece cuando manteniéndose en secreto la existencia de una enfermedad como el SIDA, se podría poner en peligro la salud de todos otros individuos, en particular quienes conforman los afectos del paciente. MOSQUERA, Gerardo Raúl. SIDA: ¿Presentación de la confidencialidad o deber de divulgación? *Revista La Ley*. Sección Doctrina. Pag. 1353.

¹⁴² SARLO, Rubén Mario. Afectados de Sida y posibilidad de

A favor de esta última posición, podemos encontrar a la legislación sueca, que muestra un alto grado de coerción para impedir el eventual contagio de la población de enfermedades contagiosas en las que expresamente se incluye el SIDA.¹⁴³

7. La jurisprudencia frente al SIDA.

El único fallo que se conoce sobre el tema pertenece al Juzgado Civil y Comercial N° 5 de Mar del Plata, que el 30 de septiembre de 1991 se expidió de la siguiente manera: "...El derecho a contraer matrimonio significa apuntar a la libertad jurídica de emplazar al respectivo estado de familia. Es decir, no se trata de que el Estado reconozca a los hombres la libertad (de hecho) de casarse, sino que reconozca jurídicamente los efectos del matrimonio, el primero de los cuales es la adquisición del estado civil de casados por parte

contraer matrimonio. Civil. (Delicada tarea de la jurisprudencia ante el vacío legal). Ob. Cit. Pag. 1127.

¹⁴³ En "The Communicable Diseases Act", del 15/12/88, en vigencia a partir de julio de 1989 en ese país, se establece el deber de las personas que tienen razón para sospechar que han sido infectadas de una enfermedad infecciosa seria, de consultar a un médico sin demora y de permitirle extraer las muestras las muestras necesarias para determinar si padece de tal enfermedad, así como seguir las instrucciones que el profesional le dé al respecto. Más aún, se establece la posibilidad de ordenar el examen compulsivo sometido a una custodia temporaria, de las personas que presumiblemente se hallan afectadas por un mal de esa índole mediante su detención en un hospital por un periodo no mayor de 7 días. También es posible someterla a un aislamiento compulsivo, por un período de hasta tres meses. HIGHTON, Elena L. WIERZBA, Sandra, L. La relación médico-paciente: el consentimiento informado. Editorial Ad-hoc. Buenos Aires. 1991. Pag. 201.

de los contrayentes con todas las relaciones personales y o patrimoniales que de ese estado derivan para ellos, para sus hijos y para sus parientes...” “...Los impedimentos impedientes eugenésicos prohíben la unión matrimonial entre personas afectadas por enfermedades puntualmente determinadas en la legislación. La cuestión queda centrada en la legislación argentina por las llamadas enfermedades venéreas, según el artículo 13 de la ley 12.331. Ello así, la presencia del certificado correspondiente de afección de otras enfermedades –el SIDA- no cae bajo la triplicación propia de un impedimento matrimonial para la legislación de nuestro país...” “...Ninguna persona afectada por SIDA podrá ser privada de derechos que le serían reconocidos en el caso de no encontrarse enferma del citado mal. Si esta distinción opera, entonces la misma debe ser considerada como discriminatoria e inaceptable por contraproducente e referencia a la doctrina básica de los derechos humanos...”¹⁴⁴

¹⁴⁴ *Revista La Ley*. Tomo 1991-E. Buenos Aires. 1991. Pag 460.

8. Conclusiones parciales.

No caben dudas que el SIDA constituye un impedimento en los términos de la ley 12.331, es decir el no padecer de una enfermedad venérea en período de contagio aparece como un requisito insoslayable a la hora de acceder a las nupcias.

Como oportunamente mencionamos, es absurdo entender que el SIDA escapa al enunciado, sustentándose en el hecho que no existe el periodo de contagio que prevé el enunciado normativo, porque ya demostramos que ello no es así.¹⁴⁵

Al ser una enfermedad venérea, no caben dudas que se encuentra comprendida en la norma como impedimento, aunque adelantamos nuestra posición, de repudio a dicha inclusión.

Es decir, nosotros entendemos que conforme la redacción actual de la proposición normativa que consagra el artículo 13 de la ley de profilaxis, el HIV *se encuentra incluido como impedimento en el derecho argentino*. No obstante ello, nos consideramos partidarios de la corriente que entiende que *no debería estarlo*.

Como se puede apreciar una cosa es el aspecto *objetivo y concreto*, que responde a la pregunta: *¿Está comprendido el HIV en la descripción que efectúa la norma?* a la cual respondemos de manera *afirmativa*; y otra cosa es la connotación *valorativa y abstracta*, es decir: *¿debería estar incluido el SIDA en un impedimento matrimonial?*, a la cual respondemos *negativamente*, porque entre otras razones ello conllevaría a vedar el derecho de acceder a las nupcias a determinadas personas de por vida, constituyéndose como

¹⁴⁵ Ver *Supra Pto. 4.2. de este Capítulo*.

oportunamente explicamos, un impedimento *permanente* y *absoluto*, que no se condice con nuestro estado de derecho.

9. Bibliografía del Capítulo.

“Cuartas Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, y Procesal” *Revista de Jurisprudencia Argentina*. Tomo 1990-IV. Pags. 904/911.

BOSSERT Gustavo A. - ZANNONI Eduardo A. *Manual de derecho de familia*. Editorial Astrea. 4° Edición Buenos Aires. 1996.

DE LORENZO, Federico. “Breves reflexiones sobre ficciones y mitos en el Derecho Privado”. En ALTERINI, Atilio, NICOLAU Noemí (Directores), HERNANDEZ, Carlos (coordinador). *El Derecho Privado ante la Internacionalidad, la Integración y la Globalización*. Editorial. La Ley. Buenos Aires. Pags. 59/73.

DIAZ DE GUIJARRO., Enrique. *Matrimonio y Eugenesia. El impedimento matrimonial de enfermedad*. Editorial. Guillermo Kraf SRL. Buenos Aires.

FANZOLATO, Eduardo Ignacio. “El SIDA y el derecho de familia”. *Revista de la facultad. Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*. Vol 2. Año 1994.

GUIJARRO, Enrique. “El SIDA como problema jurídico en cuanto a aptitud nupcial y a los efectos familiares” *Revista de Jurisprudencia Argentina*. Tomo 1987-IV, Octubre-Diciembre. Buenos Aires. 1987.

HIGHTON, Elena L. WIERZBA, Sandra, L. La relación medico-paciente: el consentimiento informado. Editorial Ad-

hoc. Buenos Aires. 1991.

MAZZINGHI, Adolfo Jorge. *Derecho de Familia*. Tomo I. 3° Edición. Editorial Ábaco. Buenos Aires. 1999.

MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, León, MAZEAUD, Jean. *Lecciones de derecho Civil*. Parte Primera. Volumen III. La familia. Constitución de la familia. Traducción de Luis ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1959.

MINYERSKY, Nelly. "El derecho de familia frente al SIDA. En *Revista de Derecho de familia*. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1992. Pags. 89/95.

MONTI, Eduardo J. MINYERSKY, Nelly. El SIDA y los impedimentos matrimoniales. *Revista La Ley*. Tomo 1991-C. Sección Doctrina. Buenos Aires. 1991. Pags. 840/847.

MOSQUERA, Gerardo Raúl. "El SIDA como impedimento del matrimonio civil". *Revista La Ley*. Tomo 1992-E, Sección Doctrina . Buenos Aires. 1992. Pags. 1255/1259.

MOSQUERA, Gerardo Raúl. SIDA: ¿Presentación de la confidencialidad o deber de divulgación? *Revista La Ley*. Sección Doctrina. Buenos Aires. 1992. Pags. 1353/1354.

PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de Derecho Civil Español*. Tomo II. *Derecho de Familia*. Vol. I. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1957.

SARLO, Rubén Mario. Afectados de Sida y posibilidad

de contraer matrimonio. Civil. (Delicada tarea de la jurisprudencia ante el vacío legal). *Revista La Ley*. Tomo 1993-A. Sección Doctrina. Buenos Aires. 1993. Pags. 1124/1127.

SUAREZ, Cesar Roberto. “El SIDA y la urgente necesidad de legislar imponiendo el impedimento matrimonial dirimente de carácter transitorio”. *Revista de Jurisprudencia Argentina*. Tomo 1991-IV, Octubre- Diciembre. Buenos Aires. 1991. Pags. 675/679.

VELAZCO, José Raúl y YARKE, María del carmen. “Abordaje integral del SIDA en el derecho de familia” *Revista La Ley*. Tomo 1992-A. Pags. 600/604.

VIDAL TAQUINI, Carlos H. *Matrimonio Civil. Ley 23.515*. 1° Edición. Editorial Astrea. Buenos Aires. 2000.

WIERZBA, Sandra. *Sida y responsabilidad Civil*. Editorial Ad-hoc. SRL. Buenos Aires.

1. El matrimonio como acto jurídico

Para poder determinar la aplicación de la nulidad y los vicios del consentimiento como instrumento para invalidar las nupcias es necesario establecer la naturaleza del matrimonio, es decir si éste es consecuencia de la ley, o de la voluntad de las partes, los juristas ZANNONI y BOSSERT hacen referencia a ello explicando que ha sido frecuente considerar que, como las relaciones jurídicas familiares escapan generalmente a la autonomía privada o autonomía de la voluntad, la teoría general del acto jurídico es extraña al derecho de familia. Se juzga que las relaciones familiares, y los derechos y deberes que tales relaciones determinan, no tienen por fuente la voluntad de los sujetos en los términos del artículo 944, del Código Civil, sino la ley que, en cada caso, dispone los efectos de tales relaciones. El acto voluntario sería entonces a lo sumo, el simple acto lícito que define el artículo 988 del mismo Código Civil.

Se ha destacado, sin embargo que cuando la constitución de las relaciones familiares nace de la voluntad de las personas (la de los contrayentes del matrimonio por ejemplo) se está frente a auténticos actos jurídicos que son fuente de las relaciones familiares. Que éstas en su contenido escapen a la regulación de los interesados, no obsta a que la fuente de la relación obedece a un acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato crear, modificar, conservar o extinguir derechos u obligaciones.¹⁴⁶

¹⁴⁶ Y continúan aseverando los destacados maestros que en nuestra doctrina ha predominado este criterio, que permite aludir al acto jurídico familiar, como una especie dentro del género acto jurídico. De este modo, la teoría general del acto jurídico (sus supuestos y condiciones de validez, vicios, etc.) es aplicable al acto jurídico familiar como fuente de relaciones de derecho de familia, aunque como

Este último es el criterio prevaleciente en doctrina que admite al acto matrimonial como un acto jurídico, es decir, un hecho voluntario lícito, pero evidentemente con características particularísimas.

2. Validez o invalidez del acto celebrado en trasgresión al artículo 13 de la ley de profilaxis.

2.1. La nulidad como sanción jurídica.

Para poder comprender el concepto de nulidad hay que tener presente la definición de sanción jurídica, esta según KELSEN constituye un acto coercitivo, consistente en la privación de algún bien, ejercida por un individuo autorizado al efecto y como consecuencia de una conducta.¹⁴⁷

Al decir de BORDA por nulidad debe entenderse la sanción legal que priva de sus efectos normales a un acto jurídico, en virtud de una causa originada, es decir, existente en el momento de la celebración,¹⁴⁸ como dice GHERSI hay una ineficacia estructural y el ordenamiento jurídico procede a establecer una sanción que precisamente se denomina nulidad.¹⁴⁹

Al considerar los caracteres que se desprenden de esta definición, LLAMBÍAS pone de relieve dos cuestiones de gran

señalamos, el contenido de esas relaciones esté predeterminado por la ley. BOSSERT Gustavo A. - ZANNONI Eduardo A. *Manual de derecho de familia*. Ob. Cit. Pag. 74.

¹⁴⁷ NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. 2° Edición. Editorial Astrea. S. R. L. Buenos Aires. Pag. 82.

¹⁴⁸ BORDA, Guillermo A. *Derecho Civil. Parte General*. 20° Edición. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. 2003. Pag. 536.

¹⁴⁹ GHERSI, Carlos Alberto. *Derecho Civil. Parte General*. 3° Edición. Editorial Astrea. Buenos Aires. 2002. Pag. 591.

trascendencia para el objeto de este trabajo, dice que la nulidad es una sanción legal, es decir encuentra su fuente en la fuerza imperativa de la ley. El origen legal de la sanción de nulidad plantea la llamada cuestión de las nulidades implícitas. Se trata de saber si dicha sanción debe estar consignada explícitamente en la ley, o si puede estar contenida de un modo tácito en ella.

En segundo lugar la nulidad importa el aniquilamiento de los efectos propios del acto jurídico, es decir, de aquellos que las partes quisieron constituir.¹⁵⁰

Con respecto al primer interrogante, es necesario detenernos en la cuestión, habida cuenta que para declarar nulo un matrimonio celebrado en los términos del artículo 13 la ley 12.331 será necesario recurrir a las nulidades virtuales o implícitas cuya aplicación como veremos en el punto subsiguiente, es arduamente discutida en doctrina.

2.2. Nulidades virtuales o implícitas.

Según el artículo 1037 del Código Civil “...los jueces no pueden declarar otras nulidades de los actos jurídicos que las que en este Código se establecen...” La cuestión consiste en desentrañar si la declaración de nulidad a la que se refiere el artículo es solo aquella que aparece expresamente mencionada, o si por el contrario, nuestra legislación admite las llamadas nulidades implícitas o virtuales.

Sobre el particular la doctrina se encuentra dividida, ya que según la opinión de autores como BORDA, LLAMBIAS, SALVAT, ETCHEVERRI BONEO, SEGOVIA, LLERENA, la

¹⁵⁰ LLAMBIAS, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. 19° Edición. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. 2001. Pag. 499.

sanción de nulidad puede resultar tanto de una norma expresa (art. 953), o en forma implícita, sin el empleo de términos sacramentales o expresos, como sería el supuesto de una prohibición legal (vgr. Celebración del contrato de compra venta entre esposos 1358).¹⁵¹

La doctrina que admite este último criterio encuentra sustento legal en el artículo 18 del Código Civil que prescribe “...los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor, si la ley no designa otro efecto para el caso de contravención...”¹⁵²

Compartiendo esta postura, dice BORDA que no es necesario que la palabra nulidad esté expresada en la ley, basta que de sus disposiciones no puede resultar otra consecuencia que la invalidez. Lo que el legislador ha querido evitar con el artículo 1037, es que los jueces puedan fundarse en cualquier omisión o trasgresión legal, para dictar una medida tan grave como es la anulación de un acto; es decir, que esta sanción surja claramente de la norma, sea expresa o implícitamente, así puede el juez decretarla.¹⁵³ LLAMBIAS se adhiere a la opinión que acepta las nulidades virtuales con los siguientes argumentos, la comparación del

¹⁵¹ YUNGANO, Arturo R. *Derecho Civil. Parte General*. Ediciones Jurídicas. Buenos Aires. 1990. Pag. 585.

¹⁵² El artículo impone en general la sanción de nulidad para todas las transgresiones a las normas positivas referentes a los actos jurídicos, dejando a salvo casos de excepción, en que la ley establezca una sanción específica distinta. Tanto al Anteproyecto de Bibiloni como el proyecto de 1936 mantienen ese artículo sin variantes. BELLUSCIO, Augusto C., ZANNONI, Eduardo A. *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*. Tomo 1. Autores: GARBINO, E. Guillermo, LAVALLE COBO, Jorge E., PARDO, Alberto J. RIVERA, Julio. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1984. Pag. 98. Pag. 98.

¹⁵³ BORDA, Guillermo A. *Derecho Civil. Parte General*. Ob. Cit. Pag. 544.

artículo 1037 con su fuente, el art. 786 del Esbozo de Freitas, muestra la desaparición del adverbio expresamente en nuestro texto. Esta eliminación es fuertemente sugestiva, por lo que no cabe mantener la misma inteligencia para ambas disposiciones. De esta manera, termina sosteniendo el autor, que el sentido del precepto solo indica que esa sanción siempre deriva de la ley y no de la voluntad de los jueces, que no podrán arbitrar para invalidar un acto, causas que no están efectivamente incorporadas, siquiera de una manera tácita al ordenamiento legal.¹⁵⁴

2.3. Imposibilidad de crear nulidades pretorianamente.

Sin embargo es dable aclarar que la admisión de las nulidades implícitas no importa reconocer la posibilidad de crear judicialmente supuestos de nulidad, sino aceptar la existencia de nulidades que derivando de la ley, no estén consagrada por ella de manera expresa o literal, sino que puedan imponerse mediante un razonado sobreentendimiento de su letra y de su espíritu¹⁵⁵ es decir, como ha dicho correctamente alguna doctrina, la nulidad genéricamente establecida en el artículo 18 no implica contradicción alguna ni otorga a los jueces la potestad de crear nulidades virtuales. Esta nulidad decretada en general se considera parte integrante de todas las normas de carácter prohibitivo, evitando la necesidad de establecer en cada una de ellas la

¹⁵⁴ LLAMBIAS, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. Ob. Cit. Pag. 501.

¹⁵⁵ ALONSO, Juan Ignacio, RIZICMAN, Leandro. En RIVERA, Julio César (Director). *Código Civil Comentado. Doctrina-Jurisprudencia-Bibliografía. Títulos Preliminares Personas*. Editorial Rubinzal Culzoni. Buenos Aires. 2004. Pag. 86.

sanción correspondiente.¹⁵⁶

Esta es la posición, entre otros, de YUNGANO, quien afirma que el artículo 1037 excluye la posibilidad de que los jueces se funden exclusivamente sobre su voluntad para decretar la nulidad de un acto jurídico, resultando así necesario que la causa de aquella ostente una apoyatura legal aunque sea tácita.¹⁵⁷

3. Normas prohibitivas y nulidades virtuales.

La aplicación fáctica de este supuesto legal adquiere especial consistencia cuando nos encontramos con normas prohibitivas que no establecen la consecuencia ante su trasgresión; como dicen SANTOS CIFUENTES y SAGARNA son normas prohibitivas aquellas que prohíben algo, sin pronunciar una norma jurídica positiva que haya de regir en lugar de lo prohibido.¹⁵⁸ Vemos que en este concepto estaría incluido el artículo 13 de la ley 12.331 cuando prescribe que “*no podrán contraer matrimonio las personas afectadas de enfermedad venérea en período de contagio,*” evidentemente crea una norma prohibitiva, pero no establece la consecuencia, ante este supuesto y, conforme la doctrina que venimos exponiendo, parece inevitable el destino de la invalidez del acto por aplicación del artículo 18 del Código

¹⁵⁶ BELLUSCIO, Augusto C., ZANNONI, Eduardo A. *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*. Ob. Cit. Pag. 98. En igual sentido Cámara Nacional Civil y Comercial Sala C, sentencia del 22/6/70. *Revista El Derecho*, Tomo 33, Pags. 643 y sgts.

¹⁵⁷ YUNGANO, Arturo R. *Derecho Civil. Parte General*. Ob. Cit. Pag. 585.

¹⁵⁸ SANTOS CIFUENTES (Director), SAGARNA, Fernando Alfredo (Coordinador). *Código Civil. Comentado y Anotado*. Tomo I. Editorial La Ley. Buenos Aires. Pag. 20.

Civil.

En realidad no nos convence esa posición por dos motivos, en primer lugar porque entendemos que la aplicación indiscriminada de artículo puede traer aparejados resultados odiosos e indeseables que no se condicen con el carácter restringido que debe primar al examinar la invalidez de los actos, en este sentido coincidimos con LLOVERAS, quien sostiene que la sanción de nulidad debe encontrarse en la misma ley, debe emanar de la ley en términos indubitables, inequívocos, porque al ser una sanción la nulidad, solamente puede estar impuesta de antemano por la ley,¹⁵⁹ y por otro lado, en el tema que analizamos, cualquier intento de aplicación del artículo 18 se toparía con la valla de la *especialidad de las nulidades* ya que en nuestro derecho positivo, como dice HERNANDEZ, la naturaleza del matrimonio y las consecuencias de la nulidad en cuanto afectan no solo a las partes, sino a los hijos y a la sociedad de una manera irreparable justificaron siempre un régimen especial.¹⁶⁰

4. Aplicabilidad o inaplicabilidad del artículo 18 del Código Civil al impedimento previsto por la ley de profilaxis.

¹⁵⁹ Esta autora admite la forma más radical de repudio a las nulidades implícitas o virtuales al sostener que no tiene cabida dentro de nuestro ordenamiento jurídico (Pag. 58). LLOVERAS, Maria Emilia, en BUERES, Alberto J (Director). HIGHTON, Elena I. (Coordinadota). *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*. Tomo de *Obligaciones* 1 A. Editorial Hammurabi. Buenos Aires. 1999. Pag. 59.

¹⁶⁰ HERNANDEZ, Lidia Beatriz. "Acerca del debate sobre la especialidad del régimen de nulidades matrimoniales en la ley 23.515." *Revista La Ley*. Tomo 1992-D Sección Doctrina. Buenos Aires. 1992. Pag. 817.

Como vimos, se discute arduamente si debe o no indagarse sobre el HIV en los certificados médicos prenupciales, la mayoría de los Registros se inclinan por la negativa.

Ahora bien, nosotros hemos admitido que debe inquirirse sobre la existencia del HIV, pero aun así, si uno de los contrayentes padeciera de alguna enfermedad venérea (incluso el SIDA), ello no impediría que ante determinadas circunstancias se produzca la unión matrimonial, por ejemplo error de análisis, adulteración de los certificados u omisión voluntaria e involuntaria del requisito exigido en el artículo 187 inciso 4 del C.C. Así se plantearía la duda en relación a la validez del matrimonio.

Se dirá que conforme a los artículos 175 y 220 del Código Civil, podrá el primero demandar la nulidad fundado en el error acerca de las cualidades personales del otro contrayente, pues cabe presumir que quien lo sufrió no habría consentido el matrimonio si hubiese conocido el estado de las cosas y apreciado razonablemente la unión que contraía. Sin embargo quedaría sin respuesta el supuesto de ser ambos portadores del mal conociendo su patología, o cuando el cónyuge sano no ignoraba la afección del otro contrayente al momento de contraer matrimonio, o cuando no cesó en la cohabitación después de los 30 días de conocido su error después de las nupcias (art. 220 inc. 4 CC)¹⁶¹

Nosotros creemos que la validez o nulidad del supuesto

¹⁶¹ SUARES, Roberto Cesar. "El S.I.D.A. y la urgente necesidad de legislar imponiendo el impedimento matrimonial dirimente de carácter transitorio". *Revista de Jurisprudencia Argentina*. 1991- IV. Buenos Aires. Pag. 678.

que no ocupa debe ser analizada a la luz del debate doctrinal entre subsidiariedad o especialidad del régimen de nulidades del derecho de familia.

Es necesario dejar en claro la posición de los diversos autores de derecho con respecto a la posibilidad legal de aplicar los principios generales sobre nulidad al matrimonio, y su implicancia con respecto a la prohibición nupcial por razón de enfermedad contenida en el artículo 13 de la ley 12.331.

La cuestión no es menor, puesto que en base al criterio que la doctrina y la jurisprudencia adopten sobre el tema, el matrimonio celebrado con tal impedimento puede ser declarado nulo o no.

5. Divergencia jurisprudencial.

No son muchos los fallos que se expiden sobre la cuestión que estamos tratando, y los pocos que lo hacen se refieren al tema en forma indirecta, es decir, sin tratar específicamente el asunto de la nulidad de las nupcias por violación del impedimento del artículo 13 de la ley 12.331 en general, la jurisprudencia se halla dividida sobre la posibilidad de aplicar los principios generales sobre nulidad al matrimonio, estos son los fallos que hemos recogido sobre la cuestión:

5.1. A favor de la doctrina de la especialidad.

La Cámara Civil 1° de la Capital con el voto de CASARES, al que adhirieron por razones análoga los DOCTORES BARRAQUERO, MANTILLA, DOBRANICH Y GARRIAGA, dijo: El régimen de la nulidad del matrimonio es independiente del común sobre la nulidad de los actos

jurídicos, pero si la legislación matrimonial consagra la prescriptibilidad de la acción de nulidad en ciertos casos, como los de dolo y error, y no establece plazo para ella ha de estarse al de la prescripción de los actos jurídicos.¹⁶² En similar postura la Cámara 1° Civil y Comercial de La Plata resolvió "... la ley de matrimonio civil contiene disposiciones específicas sobre nulidad, por lo que no puede recurrirse a las normas generales del C.C., sino cuando faltase una disposición concreta y estas normas no estuviesen en pugna con el espíritu de la institución..." (voto de RIVAROLA).¹⁶³

Por otro lado la Sala B de la Cámara Nacional Civil entendió que "... el régimen de nulidades del matrimonio es específico y distinto del establecido para los actos jurídicos en general..." (Doctores Rodolfo VALENZUELA, Tomás CASARES, Felipe PÉREZ, Atilio PASSAGNO, Luis LONGHI).¹⁶⁴ Por último se puede citar el voto de BELLUSCIO en la Sala C de la Cámara Nacional Civil, el destacado magistrado sostuvo "... las nulidades matrimoniales tienen un régimen especial y propio, pero ello no significa que para la explicación de los vicios del consentimiento matrimonial no sea necesario acudir a las reglas del Código Civil sobre tales vicios..." (CIFUENTES y ALTERINI por razones análogas adhirieron al voto que antecede).¹⁶⁵

5.2. Fallos que apoyan la doctrina de la subsidiariedad.

La Sala C de la Cámara Nacional Civil, resolvió que "...las normas que rigen la anulación de los actos jurídicos en

¹⁶² *Revista La ley*. Tomo 32. Buenos Aires. Pag. 645.

¹⁶³ *Revista de J. A.* Tomo 1945 III. Buenos Aires. Pag 563.

¹⁶⁴ *Revista La Ley*. Tomo 60. Buenos Aires. Pag. 551.

¹⁶⁵ *Revista de J. A.* Tomo 1978 - I. Buenos Aires. Pag 243.

general se aplican a los casos de anulación del matrimonio, siempre que las leyes que se refieren a este último no contengan normas singulares contradictorias...” (Doctores Roberto CHUETE, Luis BOGGERO, Luis GONDRA).¹⁶⁶

El Máximo Tribunal de la Provincia de Buenos Aires expresó, en su oportunidad, a través del voto de Antonio QUIJANO que “...las disposiciones sobre nulidad de los actos jurídicos en general son aplicables a la nulidad matrimonial en tanto no hayan normas especiales que las modifiquen y sean compatible con la naturaleza del acto...” (a este voto se adhirieron Félix TRIGO R. y Rodolfo NÁPOLI).¹⁶⁷

Con voto de Leopoldo MONTES DE OCA, la Sala G de la Cámara Nacional Civil, dispuso que “...las normas del Código Civil referidas a la nulidad de los actos jurídicos en general resultan aplicables a los supuestos de invalidez del matrimonio, en la medida en que no afecten la naturaleza de la institución, ni alteren las disposiciones normativas específicas.

Considerando fundamentalmente la importancia que la institución matrimonial tiene en el orden individual y social, el juez se encuentra obligado a ser cauto en la apreciación de las razones de invalidez, para no provocar con un criterio amplio el deterioro de la estabilidad del vínculo que la ley y los principios de orden público que de ella emanan procuran firmemente preservar...” (Los Doctores Armando FERNÁNDEZ DEL CASAL y Ricardo BURNICHÓN votaron en igual sentido y por razones análogas).¹⁶⁸

6. La Jurisprudencia francesa: la regla “pas de nullites sans

¹⁶⁶ *Revista La Ley*. Tomo 90. Buenos Aires. Pag. 295.

¹⁶⁷ *Revista de J. A.* Tomo 1962 - I. Buenos Aires. Pag 407.

¹⁶⁸ *Revista El Derecho*. Tomo 109. Buenos Aires. Pag. 425.

texte en fait du mariage”.

La Corte de Casación Francesa ha establecido la máxima: “*pas de nullites sans texte en fait du mariage*”, es decir no hay nulidad de matrimonio sin precepto que lo establezca expresamente. Este principio ha sido rebatido por una parte importante de la doctrina francesa, especialmente PLANIOL y ROUAST. Sus principales argumentos recaen en que los trabajos preparatorios del Código Civil francés tenían inclinación a admitir la aplicación del derecho común, y principalmente porque sostienen que la regla del Código recae en las personas que pueden pedir la nulidad y no en la nulidad misma.

Estos argumentos son rebatidos con ímpetu por JOSSERAND, quien predica que los trabajos preparatorios son tanto menos concluyentes en cuanto que la determinación de los casos de nulidad y la de las personas admitidas a invocarlos son de hecho inseparables, como parece por la lectura de los artículos 180 y siguientes que resuelven con frecuencia las dos cuestiones cuya conexión es manifiesta, en cuanto a las derogaciones que ha habido necesidad de sufrir al principio, nada prueban contra él; de las reglas de derecho, ni aún las más imperativas, son muy pocas las verdaderamente absolutas, casi todas establecen excepciones que, según la fórmula consagrada, vienen a confirmarlas; en este caso, se trata solamente de una directiva general que cede a veces ante necesidades más fuertes que ella. ¹⁶⁹

¹⁶⁹ JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil. La familia*. Revisado y completado por André BRUN. Tomo I. Volumen II. Traducción de Santiago CUNCHILLOS y MANTEROTA. Ediciones Jurídicas Europa - América. Bosch y Cia. Buenos Aires. 1950. Pag. 67.

Otros autores si bien no repudian al principio, entienden que el mismo no es universal y que admite excepciones en la propia legislación francesa, por lo cual debe ser apreciado en cada caso concreto, así RIPERT y BOULANGER, dicen que a diferencia de lo que sucede en otros casos, la fórmula prohibitiva, empleada por la ley, con respecto al matrimonio, no es necesariamente invalidante, es decir no siempre basta para hacer admitir la nulidad. Es necesario averiguar en cada caso si procede aplicar esta sanción rigurosa. Si es cierto en un modo general que las leyes deben ser obedecidas y que los actos contrarios a sus disposiciones deben ser nulos, cabe aplicar con reservas esa regla al matrimonio. En muchos casos vale más mantener una unión ilegal que anularla.¹⁷⁰

No compartimos el destacado criterio, entendemos que este caso puntual escapa a los matices, los cuales gestan una mayor inestabilidad jurídica cuyos resultados atentan contra la igualdad ante la ley.

Por otro lado los hermanos MAZEAUD vierten otra crítica al principio, entienden que el sistema de la jurisprudencia de la Corte de Casación choca con una objeción decisiva. Y explican que existen tres impedimentos que los redactores del Código Civil no sancionaron con la nulidad sin embargo, se preguntan, ¿como admitir la validez de un matrimonio celebrado pese a la identidad de sexo de los esposos, o en la ausencia de consentimiento de los esposos, o de un matrimonio que no ha sido celebrado por un encargado del Registro Civil? La lógica conduciría no obstante, si se tuviera por exacta la tesis jurisprudencial, a

¹⁷⁰ RIPERT, Georges. BOULANGER, Jean. *Tratado de Derecho Civil. Según el tratado de Planiol*. Tomo II. Volumen I. De las Personas (1º Parte). Editorial La Ley. Pag. 287.

rechazar en esos tres casos la nulidad.¹⁷¹

También disentimos con esta aseveración, los supuestos que se mencionan como impedimentos sin sanción de nulidad no son tales, tanto el consentimiento, como la diversidad de sexo, como la presencia de la autoridad del Registro son condiciones de existencia del matrimonio y no requisitos de validez del mismo. La diferencia es clara, mientras que en el primer caso la ausencia de uno de los elementos señalados trae aparejada la *inexistencia* del matrimonio, en el segundo supuesto el efectos ante su trasgresión es *la nulidad u otra sanción*.

Por último es loable resaltar el valor social que presenta la máxima analizada, el cual se traduce en la preservación de la institución matrimonial como principio rector, así JOSSERAND explica que esta regla se justifica por la importancia del matrimonio y por el peligro que existiría en caso de admitir con excesiva amplitud, con excesiva arbitrariedad, su ineficacia, como lo dice la *Chambre des requetes* el matrimonio afecta muy esencialmente el orden social para que pueda ser sometido imprudentemente a toda clases de ataques de las malas pasiones.¹⁷²

7. Argumentos a favor de la doctrina de la subsidiariedad de la aplicación de los principios generales sobre nulidad al matrimonio y a favor de la doctrina de la especialidad.

7.1. Doctrina de la especialidad.

¹⁷¹ MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, León, MAZEAUD, Jean. *Lecciones de derecho Civil*. Parte Primera. Volumen III. Traducción de Luis ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO. Ediciones Jurídicas Europa-América. Pag. 205.

¹⁷² JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil. La familia*. Ob. Cit. Pag. 66.

Para aquéllos que adhieren a este régimen el matrimonio celebrado en contraposición con el impedimento que consagra la norma será válido, sin perjuicio de eventuales sanciones administrativas foráneas a los contrayentes.

En cuanto a los autores que sustentan la doctrina de la especialidad del régimen de nulidades podemos citar a PRAYONES quien con respecto a este tema manifiesta que no es aplicable al matrimonio la teoría general de las nulidades que rigen en el derecho civil. Lo demuestra la circunstancia de existir en el Código un capítulo especial consagrado a las nulidades del matrimonio. Es este un acto jurídico de naturaleza especial, al cual no pueden aplicarse los mismos principios que rigen las nulidades de los actos jurídicos en general.¹⁷³

De esta manera, siguiendo los fundamentos de este autor el artículo 13 de la ley 12.331, no tiene sanción de nulidad, o dicho de otra forma, el matrimonio celebrado en contraposición al impedimento que ese artículo establece es plenamente válido.

Por otro lado MAZZINGHI sostiene: la celebración del

¹⁷³ Dice PRAYONES que la primera regla en materia de nulidad de matrimonio es la siguiente: no hay nulidad sino en virtud de una disposición expresa de la ley que la consagre. De manera que en lo relativo al matrimonio la prescripción del artículo 18 del Código Civil, que establece que los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor, si la ley no designa otro efecto para el caso de contravención, no tiene aplicación inmediata. Si se realiza un matrimonio violando la sanción legal no se aplica el artículo 18, y solo será nulo o anulable en caso de que encuadre dentro de alguna de las prescripciones de los artículos 84 y 85 de la ley de matrimonio civil. PRAYONES, Eduardo. *Nociones de Derecho Civil. Derecho de Familia*. Editorial Valeri Abeledo. 1° Edición. Buenos Aires. 1949. Pag 523.

matrimonio sin la presentación del certificado no afecta su validez, pero está penada por el artículo 16 de la ley 12.331, que prevé la aplicación de multas al oficial del Registro Civil que omitiera la exigencia mencionada. Su reincidencia lo hace pasible del doble de la multa y la exoneración de su empleo.

En este sentido manifiesta el autor que parece preferible el sistema del derecho francés, conforme al cual las personas que aspiran a contraer matrimonio deben ser revisadas obligatoriamente por médicos privados, quienes certifican que han practicado dicho examen en vistas al matrimonio.¹⁷⁴

El Profesor BELLUSCIO encuentra el mayor sustento de esta postura haciendo hincapié en los antecedentes históricos y en el derecho comparado, dice el autor: a favor de la doctrina de la especialidad se cuenta pues, con los antecedentes históricos, y con la voluntad expresa del legislador. Es también la solución recogida por los Códigos Civiles más modernos, tales como el uruguayo de 1868 (artículo 175), el alemán de 1900 (artículos 1323, 1329, 1330 y 1341), reiterado por la ley de matrimonio civil hasta la reforma de 1998 (artículos 16, 23, 28 y 29) y el portugués de 1966 (artículos 1627 y 1632).¹⁷⁵ Esta posición tiene sus

¹⁷⁴ MAZZINGHI Adolfo. *Derecho de familia*. Ob. Cit. Pag. 191

¹⁷⁵ Dice BELLUSCIO: La opinión de Vélez Sarfield no puede ser considerada decisiva, ya que al mantener el matrimonio exclusivamente religioso y limitar la aplicación de las reglas generales a las uniones no católicas y con exclusión de las causales de nulidad, no pudo estar en su mente la aplicabilidad al matrimonio civil obligatorio de las disposiciones que redactó para un régimen diferente. No se trata aquí, como se ha pretendido, de comparar las actitudes jurídicas del codificador con las del senador Manuel DERQUI, sino de que no puede fundarse la interpretación de la ley de matrimonio civil en los

cimientos en las ideas de FASSI quien entiende que después de la reforma 1888/89, subsiste un régimen especial que se basta a sí mismo, que nace del carácter particularísimo del acto jurídico llamado matrimonio. La especialidad surge de los antecedentes y debate parlamentario, de las enseñanzas del derecho comparado, porque es la solución triunfante en los códigos antiguos y modernos.¹⁷⁶

Otros sostenedores de la doctrina de la especialidad son BOSSERT Y ZANNONI, quienes propician sus fundamentos de esta manera: además de los argumentos tradicionalmente esgrimidos en su favor, actúa un principio trascendental que implícito en nuestra tradición jurídica, debe considerarse. Es el principio del “favor matrimonii”, clásico en el derecho canónico y, para nosotros, de interpretación retórica en una adecuada hermenéutica.

De esta manera entienden que contando nuestro derecho positivo, con los antecedentes expresos que nos muestra la supresión de una norma que reenviaba al régimen general de nulidades (artículo 228 del Cod. Civil), el intérprete debe propugnar la interpretación restrictiva de los supuestos de nulidad matrimonial. Es decir, no admitir las nulidades virtuales o implícitas (art. 18, del Código Civil), ni encuadrar en ella supuestos que escapen a los expresamente previstos en la ley, es decir, los artículos 219 y 220 del Código Civil.¹⁷⁷

argumentos de Vélez Sárfield, quien no solo no intervino en su redacción sino que rechazó la posibilidad de instituir el matrimonio civil obligatorio. BELLUSCIO, Cesar Augusto. *Manual de Derecho de Familia*. Editorial Astrea. 7° Edición. Buenos Aires. 2002. Pag. 21.

¹⁷⁶ FASSI, Santiago C. “Nulidad de matrimonio”. *Revista La Ley*. Tomo 26. Buenos Aires. 1942. Pag. 99.

¹⁷⁷ El “favor matrimonii” significa la actitud o predisposición del legislador a conceder un trato especial de protección del matrimonio en

Estas ideas ya se encontraban arraigadas en el derecho español a través del notable profesor PUIG PEÑA quien señala que es posible deducir en nuestro derecho el fundamental principio del *favor matrimonii*, cuyo principal efecto para el autor consistía en que la enumeración de las causas de nulidad debe entenderse *numerus clausus*, o lo que es lo mismo, que la intención del legislador es la de presentar un cuadro de posibles situaciones de nulidad no susceptibles de interpretación amplia.¹⁷⁸

LAGOMARSINO defiende la tesis de la autosuficiencia a través de los siguientes argumentos:

a) En ocasión de tramitarse legislativamente la sanción de la ley 2.393, por iniciativa del senador DERQUI se suprimió de su texto un artículo que había incluido el proyecto que el poder Ejecutivo había remitido al congreso, según el cual las disposiciones sobre nulidad de, los actos jurídicos, se hacían extensivas a la nulidad de los matrimonios.

b) La terminología utilizada para los distintos grados de invalidez en la ley de matrimonio civil difiere sustancialmente de la utilizada respecto de los actos jurídicos en general.

orden a la conservación de su esencia y el mantenimiento de sus finalidades. Debe entenderse, pues, que el legislador, al establecer los supuestos de nulidad del matrimonio, su alegación, sus efectos etc., lo hace en consideración especial con la naturaleza de la unión matrimonial y, sobre todo, teniendo en cuenta que la nulidad puede acarrear la disolución de la familia, la colocación de los esposos en calidad de concubinos y la filiación extramatrimonial de los hijos nacidos de la unión. BOSSERT Gustavo A. - ZANNONI Eduardo A. *Manual de derecho de familia*. Ob. Cit. Pag. 161.

¹⁷⁸ PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de Derecho Civil Español*. Ob. Cit. Pag. 540.

c) La ley de matrimonio civil tiene claramente establecido los supuestos de invalidez, las personas legitimadas para intentar la acción en cada caso, los casos de caducidad de la acción y los efectos de la nulidad, todo lo cual exterioriza que se ha querido organizar un régimen específico sobre esta materia.

La teoría de la especialidad hace cobrar vigencia para nuestro país a la máxima francesa “*pas de nullites sans texte en fait du mariage*” vigente en la época en que se sancionó la ley de matrimonio civil y según la cual se proscribían las nulidades virtuales.

d) La circunstancia de que el régimen de lo que podría denominarse vías de subsanación de la invalidez nupcial son específicas del matrimonio y difieren de los modos de saneamiento que el Código Civil establece para los actos jurídicos en general.

e) Los matrimonio inválidos aun cuando sean de nulidad absoluta producen importantes efectos a diferencia de los actos jurídicos en general y además todos pueden ser convalidados.¹⁷⁹

7.2. Doctrina de la subsidiariedad

Los partidarios de esta concepción entienden que siendo la normativa nacional un todo coherente, las normas generales pueden ser aplicadas a los supuestos particulares que se regulen, aun cuando ellos contemplen instituciones especiales como las referentes al derecho de familia. Así el artículo 18 que establece las llamadas nulidades “*implícitas o virtuales*” podría invalidar un matrimonio celebrado en

¹⁷⁹ LAGOMARSINO, Carlos R. *Juicio de nulidad matrimonial*. Editorial Hamurabi. Buenos Aires. Pag. 18.

contraposición a la ley de profilaxis.

Ya de antaño, Enrique DÍAZ DE GUIJARRO adhería a la postura de la subsidiariedad, los fundamentos de su posición con respecto a este tema eran: como esta ley (la 12.331) no contiene norma alguna para el caso de que la unión se celebrase a pesar de su terminante prohibición, entra en juego el principio general del artículo 18 del Código Civil: los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor, si la ley no designa otro efecto para el caso de contravención.

Continúa el autor sosteniendo que el simple cotejo de ambos preceptos (el transcrito y el artículo 13 de la ley 12.331) comprueba como armonizan y la obligada conclusión que se impone al interprete: los actos prohibidos- tal el casamiento del afectado de enfermedad venérea en período de contagio: no podrán contraer matrimonio son de ningún valor- esto es absolutamente nulos si la ley no designa otro efecto para el caso de contravención- efecto silenciado por la escueta disposición final del artículo 13 de la ley 12.331.¹⁸⁰ En igual sentido, sostiene SPOTA, que el título de nulidad de los actos jurídicos, que integra la parte general de nuestro Código Civil, debe ser aplicado a todo acto jurídico si no media una norma en contrario que establezca una suerte de derecho singular.¹⁸¹

Esta postura no se vió afectada por las modificaciones que sufrió en Código Civil en materia de matrimonio, sino que por el contrario, robusteció la posición de sus sostenedores, así, no hace mucho tiempo BORDA escribía que el nuevo

¹⁸⁰ DIAZ DE GUIJARRO, Enrique. *Matrimonio y Eugenesia. El impedimento matrimonial de enfermedad*. Ob. Cit. Pag. 154.

¹⁸¹ SPOTA, Alberto, G. "Nulidad manifiesta del matrimonio celebrado en el extranjero con impedimento de ligamen derivado de un matrimonio celebrado en la República". *Revista La ley*. Tomo 85. Buenos Aires. 1957. Pag. 575.

régimen del matrimonio no es ya independiente del Código, sino que la nueva ley 23.515 ha incorporado expresamente sus disposiciones al Código Civil de tal modo que forma un solo cuerpo legal con este. Más aún: lo que la ley 2.393 denomina matrimonios nulos y anulables, hoy se llaman nulidades absolutas y relativas, respectivamente. Se ha uniformado así la denominación de las unidades del Código Civil con las matrimoniales. No puede haber duda entonces de que los principios generales son aplicables a las nulidades matrimoniales, en tanto no exista una norma expresa que disponga lo contrario. Concluimos entonces que los matrimonios contraídos con enfermedad venérea en periodo de contagio son anulables.¹⁸²

En contraposición a esta lectura HERNANDEZ entiende que la distinción entre actos nulos y anulables no hace más que poner de manifiesto, precisamente la especialidad del régimen de nulidades.¹⁸³

Otros autores sustentan la aplicación del artículo 18 del Código Civil en el campo matrimonial recurriendo a la razonabilidad, así SAMBRIZZI dice que el artículo en cuestión constituye una norma genérica de nulidad que resulta aplicable a la totalidad de los actos jurídicos, incluido el matrimonio, no pareciendo por otra parte razonable que la violación de una prohibición legal para contraer matrimonio no traiga aparejada sanción alguna para los contrayentes; ello, sin perjuicio de señalar que la nulidad no es absoluta sino relativa, y que la misma solo puede ser demandada por

¹⁸² BORDA, Guillermo. ¿Son aplicables a las nulidades matrimoniales los principios generales del Código Civil? *Revista El Derecho*. Tomo 127. Buenos Aires. 1988. Pag. 895.

¹⁸³ HERNANDEZ, Lidia Beatriz. "Acercas del debate sobre la especialidad del régimen de nulidades matrimoniales en la ley 23.515" *Ob. Cit.* Pag. 821.

los cónyuges si no hubiera cesado el periodo de contagio al tiempo de iniciarse el juicio.¹⁸⁴

8. Carácter del impedimento.

8.1. Carácter impediendo.

MAZINGHI se pronuncia por el carácter impediendo del impedimento, porque entiende que Eugenesia y nulidad pertenecen a órdenes distintos y por eso considerar la violación del impedimento como causa y la nulidad como consecuencia constituye, a su criterio, una relación incongruente,¹⁸⁵ en igual sentido ha opinado MOSQUERA, para quien el carácter impediendo del impedimento tiene su razón en que el mismo debe cumplir una finalidad preventiva, la de evitar el contagio del cónyuge sano o la transmisión a los descendientes de la enfermedad. Pues si el sistema preventivo falla, la nulidad del matrimonio no es el medio adecuado para castigar a los contrayentes ya que el riesgo que tiende a evitar el impedimento se ha producido.¹⁸⁶

8.2. Carácter dirimente.

Nosotros creemos que quienes admiten la tesis de la subsidiariedad, implícitamente toman partido por la doctrina que considera dirimente el impedimento, porque como dice LAGOMARSINO quienes adherimos a la tesis de la

¹⁸⁴ SAMBRIZZI, Eduardo A. *Derecho y Eugenesia*. Editorial de la Universidad Católica Argentina. Buenos Aires. 2004. Pag. 55.

¹⁸⁵ MAZZINGHI Adolfo. *Derecho de familia*. Ob. Cit. Pag. 196.

¹⁸⁶ MOSQUERA, Gerardo Raúl. "El SIDA como impedimento del matrimonio civil". *Revista La Ley*. Ob. Cit. Pag 1257.

autosuficiencia en materia de invalidez nupcial, consideramos que aquellos impedimentos que en la ley no se prevé una sanción específica para el caso de su violación, no dan lugar a la invalidez de las nupcias, a la que solamente se podría llegar por aplicación del artículo 18 del Código Civil, en el que según hemos expresado, consideramos inaplicable al matrimonio. Ese es el caso actualmente de los impedimentos de enfermedad venérea en periodo de contagio establecido por la ley 12.331.¹⁸⁷

Ahora bien, la eventual consecuencia del carácter dirimente del impedimento es la sanción de nulidad de las nupcias, es decir de esta manera se sanciona al enfermo por justamente padecer de un mal, solución que nos parece descabellada, entendemos con MONTI y MINYERSKY que es tarea del legislador el dictado de normas apropiadas de salud pública que supongan una lucha contra el virus y no contra el enfermo o portador asintomático del virus.¹⁸⁸

9. Tipo de nulidad.

9.1. Nulidad relativa.

En la opinión de BORDA el incumplimiento de la prohibición legal (art. 13 de la ley 12.331) trae aparejada la invalidez del acto, por aplicación del artículo 18 del Código Civil. Pero debe preguntarse si la nulidad es absoluta o

¹⁸⁷ LAGOMARSINO, Carlos R. *Juicio de nulidad matrimonial*. Ob. Cit. Pag. 22. Esta es la postura de la que participa el Profesor SAMBRIZZI quien considera que el matrimonio contraído bajo estos términos es nulo justamente por aplicación del artículo 18 del Código civil. SAMBRIZZI. *Derecho y Eugenesia*. Ob. Cit. Pag. 63.

¹⁸⁸ MONTI, Eduardo J. MINYERSKY, Nelly. *El SIDA y los impedimentos matrimoniales*. Ob. Cit. Pag. 846.

relativa. La opinión predominante se inclina en el primer sentido. Se aduce para ello que, fundándose la ley en razones eugenésicas, hay de por medio un interés social, que es lo que precisamente caracteriza la nulidad absoluta: además no hay ningún texto legal que permita la confirmación, como en el caso de la locura.

No obstante la indiscutible fuerza de estos argumentos, nos inclinamos por la solución contraria. En materia de matrimonios no es posible atenerse rígidamente a los principios generales de la nulidad. Si bien, no cabe duda de que aquí media un interés social, también es evidente que en numerosos casos la anulación de estos matrimonios por pedido del Ministerio Público resulta repugnante a nuestra sensibilidad moral y es, por tanto, inadmisibile.¹⁸⁹

¹⁸⁹ Ejemplifica su postura a través de los siguientes supuestos de hecho: supóngase que una persona sana contrae matrimonio con un enfermo de sífilis. Por amor, guarda silencio, emprende una vida de peligros y abnegación. Quizás contrae ella la misma enfermedad, y luego de una larga convivencia tiene hijos sanos o enfermos; ¿Puede el juez en contra de la voluntad de ambos, declarar la nulidad; ¿Puede hacerlo por pedido de parientes interesados quizás en excluir al abnegado cónyuge de una futura sucesión? Esta intromisión en un hogar ya formado, con taras o sin ellas, pero de todos modos respetable, es intolerable.

Otro caso. Uno de los cónyuges está enfermo en periodo de contagio en el momento de contraer matrimonio. Si se acepta que la nulidad es absoluta, habrá que admitir también que, no obstante haber pasado el período de contagio, la invalidez puede ser pedida por el Ministerio Público o por cualquiera de los cónyuges, aun el enfermo, si este, como es perfectamente posible, ignora su dolencia. Esta solución no consultaría ningún interés social ni particular. Por ello en la posición del autor una vez consumado el matrimonio no obstante las previsiones legales para impedirlo, solo puede pedir la nulidad el cónyuge sano, si se mantuviera el contagio a la época de la iniciación de la demanda. La nulidad es, pues, simplemente relativa. BORDA,

9.2. Nulidad absoluta.

No compartimos esa posición porque como han sostenido ALONSO y RIZICMAN los actos prohibidos por la ley son de nulidad absoluta, pues los mismos adolecen de falta de licitud por haber sido realizados contra una ley imperativa,¹⁹⁰ es por ello que coincidimos con MAZZINGHI en el sentido de que si correspondiere la sanción de nulidad, ella debería ser absoluta, aunque entendemos con el destacado tratadista que esa sanción no tiene congruencia con el hecho sancionado.

Consideramos loable seguir la propuesta argumental de MAZZINGHI, quien construye un falso silogismo jurídico, que luego el mismo se encarga de destruir, su percepción analítica es la siguiente:

a) El artículo 18 del Código Civil dice que todo acto prohibido, al cual la ley no asigna un efecto determinado, queda sancionado con su invalidez.

b) La ley establece la prohibición de casarse mediando enfermedad, sin establecer otra sanción.

Guillermo. *Manual de Derecho de Familia*. 10° Edición. Editorial Perrot. Buenos Aires. Pag 111. Postura compartida, entre otros, por SAMBRIZZI e IRIBARNE. IRIBARNE, Ramón. *El matrimonio civil comparado con el Canónico*. Buenos Aires. 1965. Pag. 143. SAMBRIZZI. *Derecho y Eugenesia*. Ob. Cit. Pag. 63.

¹⁹⁰ ALONSO, Juan Ignacio, RIZICMAN, Leandro. RIVERA, Julio César (Director). *Código Civil Comentado. Doctrina-Jurisprudencia-Bibliografía. Títulos Preliminares Personas*. Editorial Rubinzal Culzoni. Pag. 87. En igual sentido la CNCiv. , Sala D, 9-10-95, *Revista La Ley* 1997-B. Buenos Aires. 1997. Pag.166

c) El matrimonio celebrado a despecho de la prohibición es nulo.

Pero, como sostiene el autor, el punto de vista puramente lógico es una de las perspectivas más engañosas que se le ofrecen al jurista. Y creemos que este ejemplo confirma esa apreciación. Por lo tanto desecha la posibilidad de admitir la nulidad ante el supuesto fáctico, entendiendo que la impecable lógica del silogismo inicial lleva a una conclusión eternamente desconectada del fin perseguido por el impedimento.¹⁹¹

De todos modos, como enfatiza BELLUSCIO el argumento lógico, según el cual las disposiciones generales son aplicables al matrimonio por ser acto jurídico y no haber norma que excluya su aplicación, pierde consistencia frente a la circunstancia de que el legislador decidió inequívocamente excluirlas. No puede tener otro sentido la derogación, fundada y razonada, de la norma del Código Civil que disponía lo contrario.¹⁹²

10. El régimen de especialidad de las nulidades y los antecedentes históricos.

Como señala el BELLUSCIO la voluntad de los legisladores fue, pues, inequívoca en el sentido de establecer un régimen especial de nulidades matrimoniales tanto con

¹⁹¹ Entiende este Profesor que la aplicación indiscriminada del artículo 18 a los casos de violación del impedimento eugenésico, no se integra armoniosamente con el régimen argentino de nulidades matrimoniales. MAZZINGHI Adolfo. *Derecho de familia*. Ob. Cit. Pag. 194.

¹⁹² BELLUSCIO, Cesar Augusto. *Manual de Derecho de Familia*. Ob. Cit. Pag. 21.

relación a las causas, como al ejercicio y caducidad de la acción de nulidad. Sumóse a esa voluntad la expresa supresión del texto del Proyecto que remitía a las nulidades de los actos jurídicos, lo que importa la derogación del texto originario del artículo 228 del Código Civil, que así lo establecía limitadamente.

Al incorporarse la ley 23.515 las normas sobre matrimonio civil al Código, estos antecedentes no pierden vigencia ya que se han mantenido en lo sustancial el sistema y las normas de la ley anterior.¹⁹³

En sentido contrario sostiene BORDA que estos fundamentos carecen hoy de sustento. La ley 2.393 ha sido derogada y, por lo tanto, los antecedentes de su trámite legislativo, carecen de toda significación. Pero además, el nuevo régimen del matrimonio no es ya independiente del Código, sino que la nueva ley 23.515 ha incorporado expresamente sus disposiciones al Código Civil de tal modo que forma un solo cuerpo legal con este. Más aún: lo que la ley 2.393 denomina matrimonios nulos y anulables, hoy se llaman nulidades absolutas y relativas, respectivamente. Se ha uniformado así la denominación de las unidades del Código Civil con las matrimoniales. No puede haber duda entonces de que los principios generales son aplicables a las nulidades matrimoniales, en tanto no exista una norma expresa que disponga lo contrario. Concluimos entonces que los matrimonios contraídos con enfermedad venérea en período de contagio son anulables.¹⁹⁴

¹⁹³ BELLUSCIO, Cesar Augusto. *Manual de Derecho de Familia*. Ob.Cit. Pag. 305.

¹⁹⁴ BORDA Guillermo. *Tratado de Derecho Civil*. 9° Edición. Editorial Perrot. Buenos Aires. 2007. Pag. 144.

11. conclusiones parciales.

La invalidez de un acto jurídico constituye un aspecto más que trascendental en el derecho, ya que implica privarlo de los efectos a los que estaba destinado a producir. En ciertos ámbitos del derecho, principalmente en el campo de los negocios jurídicos, la cuestión toma otros matices por los aspectos que se encuentran en juego, principalmente son cuestiones patrimoniales destinadas a modificar estados económicos de las personas.

Pero el tema referente al matrimonio es otro, esta institución históricamente ha recibido un trato preferencial y especial conforme a la importancia que posee como fuente de enseñanza y cuidado de la descendencia. Esta también fue la intención deliberada del legislador de organizar, a través del matrimonio, el ámbito apropiado para lograr el bien de los cónyuges, la procreación, y educación de los hijos, que constituyen los fines implícitos, en nuestro derecho, de la institución matrimonial.

De esta manera, se advierte que, con respecto al matrimonio, las disposiciones que a él se refieren, deben tener una particular cautela, y ser acordes o armónicos a dicha institución, porque de lo contrario, los resultados pueden ser inocuos moral o jurídicamente. Además como mencionamos, en el campo de los negocios jurídicos, se encuentra en juego las vicisitudes del estado patrimonial de los sujetos de derecho, en cambio, en el ámbito del derecho de familia entra en consideración un tema mucho más trascendental en la vida del individuo: *la adquisición, pérdida, extinción, o modificación del estado de familia.*

Conforme a este marco, se advierte que las causales de nulidad con respecto al matrimonio deben tener una aplicación restringida, pero principalmente deben estar

consagradas específicamente con respecto a las nupcias, la aplicación de los principios generales a dicha institución sería perjudicial, no solo por los argumentos precedentemente expuestos sino también porque podrían poner en juego uno de los caracteres más relevantes del estado de familia: *la estabilidad o permanencia del mismo*.

VÉLEZ SÁRFIELD, estructuró una parte general aplicable a todas las instituciones del Código Civil, siempre que no existieran normas específicas para ellas. Pero este notable jurista no pudo admitir o no admitir la posible aplicación de los principios generales ya que, como expresa BELLUSCIO, al mantener el matrimonio exclusivamente religioso y limitar la aplicación de las reglas generales a las uniones no católicas y con exclusión de las causales de nulidad, no pudo estar en su mente la aplicabilidad al matrimonio civil obligatorio de las disposiciones que redactó para un régimen diferente.¹⁹⁵

Esto es así, porque mal podría inducirse la concepción del VÉLEZ SÁRFIELD con respecto a la aplicación de las normas generales sobre nulidad al matrimonio civil, si el codificador, en su redacción primaria rechazó el matrimonio civil obligatorio, y legisló conforme al matrimonio civil religioso.

Por lo tanto la cuestión de si son aplicables los principios generales sobre nulidad al matrimonio, continúa vigente en la actualidad, las modificaciones posteriores a la ley 2.393 no pusieron fin a la controversia doctrinaria. La ley 23.515 de 1987 constituía un ámbito inmejorable para subsanar este conflicto, pero solamente se limitó a incluir en la última parte del artículo 239 la imposibilidad de declarar

¹⁹⁵ BELLUSCIO, Cesar Augusto. *Manual de Derecho de Familia*. Ob. Cit. Pag. 298.

de oficio la nulidad del matrimonio, contribuyendo con un argumento más a favor de la tesis de la especialidad del marco de nulidades matrimoniales, aunque esto no resuelva la cuestión.

Este tema es de crucial importancia para la posible nulidad de matrimonio contraído con la prohibición nupcial del artículo 13 de la ley 12.331, es decir, si pese a dicha prohibición el oficial del Registro Civil, celebra el matrimonio, aun cuando alguno de los cónyuges se encuentre afectado de enfermedad venérea en periodo de contagio.

Para quienes aceptan la hipótesis de la subsidiariedad de la aplicación de los principios generales del Código al matrimonio, el mismo sería nulo por el artículo 18 del Código Civil y, conforme a un razonamiento lógico-jurídico se puede afirmar que tanto los jueces, como los autores de derecho que aceptan la tesis de la especialidad, no pueden, con criterio jurídico, aceptar la nulidad de las nupcias contraídas en violación al último párrafo del artículo 13 de la ley 12.331, siendo por lo tanto plenamente válidas pese a la prohibición que pesa sobre ellas.

Por los fundamentos que anteceden en favor a la doctrina de la especialidad, y por los expuestos por nuestra parte en el mismo, nos adherimos a esta última corriente, dejando desde ya asentada nuestra opinión de que una norma que *constituye una mera descripción lírica, no tiene razón de ser en el sistema jurídico civil argentino.*

12. Bibliografía del Capítulo.

ALONSO, Juan Ignacio, RIZICMAN, Leandro. En RIVERA, Julio César (Director). *Código Civil Comentado. Doctrina-Jurisprudencia-Bibliografía. Títulos Preliminares Personas*. Editorial Rubinzal Culzoni. Buenos Aires. 2004.

BELLUSCIO, Augusto C., ZANNONI, Eduardo A. *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*. Tomo 1. Autores: GARBINO, E. Guillermo, LAVALLE COBO, Jorge E., PARDO, Alberto J. RIVERA, Julio. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1984.

BELLUSCIO, Cesar Augusto. *Manual de Derecho de Familia*. Editorial Astrea. 7° Edición. Buenos Aires. 2002

BORDA, Guillermo. ¿Son aplicables a las nulidades matrimoniales los principios generales del Código Civil? *Revista El Derecho*. Tomo 127. Buenos Aires. 1988. 894/896.

BORDA Guillermo. *Tratado de Derecho Civil*. 9° Edición. Editorial Perrot. Buenos Aires. 2007.

BORDA, Guillermo A. *Derecho Civil. Parte General*. 20° Edición. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. 2003.

RIVERA, Julio César (Director). *Código Civil Comentado. Doctrina-Jurisprudencia-Bibliografía. Títulos Preliminares Personas*. Editorial Rubinzal Culzoni. Buenos Aires. 2004.

DIAZ DE GUIJARRO Enrique. *Matrimonio y Eugenesia. El impedimento matrimonial de enfermedad.* Editorial. Guillermo Kraf SRL. Buenos Aires.

SPOTA, Alberto, G. “Nulidad manifiesta del matrimonio celebrado en el extranjero con impedimento de ligamen derivado de un matrimonio celebrado en la República”. *Revista La ley.* Tomo 85. Buenos Aires. 1957.

FASSI, Santiago C. “Nulidad de matrimonio”. *Revista La Ley.* Tomo 26. Buenos Aires. 1942.

GHERSI, Carlos Alberto. *Derecho Civil. Parte General.* 3° Edición. Editorial. Astrea. Buenos Aires. 2002.

HERNANDEZ, Lidia Beatriz. “Acerca del debate sobre la especialidad del régimen de nulidades matrimoniales en la ley 23.515.” *Revista La Ley.* Tomo 1992-D Sección Doctrina. Buenos Aires. 1992. 814/824.

JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil. La familia.* Revisado y completado por André BRUN. Tomo I. Volumen II. Traducción de Santiago CUNCHILLOS y MANTEROTA. Ediciones Jurídicas Europa – América. Bosch y Cia. Editores. Buenos Aires. 1950.

LAGOMARSINO, Carlos R. *Juicio de nulidad matrimonial.* Editorial Hamurabi. Buenos Aires.

LLAMBIAS, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Parte General.* 19° Edición. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. 2001.

LLOVERAS, Maria Emilia, en BUERES, Alberto J (Director). HIGHTON, Elena I. (Coordinadota). *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*. Tomo de *Obligaciones* 1 A. Editorial Hammurabi. Buenos Aires. 1999.

MAZZINGHI, Adolfo Jorge. *Derecho de Familia*. Tomo I. 3° Edición. Editorial Abaco. Buenos Aires. 1999.

MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, León, MAZEAUD, Jean. *Lecciones de derecho Civil*. Parte Primera. Volumen III. Traducción de Luis ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO. Ediciones Jurídicas Europa-América. 1959.

MOSQUERA, Gerardo Raúl. “El SIDA como impedimento del matrimonio civil”. *Revista La Ley*. Tomo 1992-E. Sección Doctrina. Buenos Aires. 1992.1255/1259.

MONTI, Eduardo J. MINYERSKY, Nelly. “El SIDA y los impedimentos matrimoniales”. *Revista La Ley*. Tomo 1991-C. Sección Doctrina. Buenos Aires. 1992. 841/847.

RIPERT, Georges, BOULANGER, Jean. *Tratado de Derecho Civil. Según el tratado de Planiol*. Tomo II. Volumen. I. De las Personas. (1° parte). La Ley. Buenos Aires. 1963.

PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de Derecho Civil Español*. Tomo II. *Derecho de Familia*. Vol. I. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1957.

PRAYONES, Eduardo. *Nociones de Derecho Civil. Derecho de Familia*. Editorial Valeri Abeledo. 1° Edición. Buenos Aires. 1949.

SAMBRIZZI, Eduardo A. *Derecho y Eugenesia*. Editorial de la Universidad Católica Argentina. Buenos Aires. 2004.

SUAREZ, Cesar Roberto. “El SIDA y la urgente necesidad de legislar imponiendo el impedimento matrimonial dirimente de carácter transitorio”. *Revista de Jurisprudencia Argentina*. Tomo 1991-IV, Octubre- Diciembre. Buenos Aires. 1991. 675/679.

SANTOS CIFUENTES (Director), SAGARNA, Fernando Alfredo (Coordinador). *Código Civil. Comentado y Anotado*. Tomo I. Editorial La Ley. Buenos Aires.

YUNGANO, Arturo R. *Derecho Civil. Parte General*. Ediciones Jurídicas. Buenos Aires. 1990.

1. Consideraciones generales.

Como enseña RABINOVICH- BERKMAN, la voluntad en derecho, no es solo un “querer” algo, sino un quererlo válidamente la incorporación de la conducta al plan de acción del sujeto, debe haberse concretado sin la producción de procedimientos ilícitos (determinados engaños ciertas amenazas, algunas presiones), o de circunstancias externas apremiantes, o de factores distorsionantes de la elección (error o ignorancia).¹⁹⁶

Explica LLAMBIAS que se denominan vicios de los actos jurídicos a ciertos defectos congénitos de ellos, susceptibles de producir la invalidez de los actos que los padecen. Diferentes son los supuestos que pueden quedar comprendidos dentro de los vicios del consentimiento,¹⁹⁷ pero a nosotros conforme al tema de estudio nos interesa especialmente aquellos vicios que atentan contra la voluntad

¹⁹⁶ RABINOVICH-BERKMAN. *Derecho Civil. Parte General*. Editorial Astrea. Buenos Aires. 2000. Pag. 667.

¹⁹⁷ En pocas palabras el Maestro LLAMBÍAS sistematiza las diferentes ámbitos de aplicación de la idea de vicios del consentimiento, dice que los vicios de formas provienen de la inobservancia de las formalidades exigidas por la ley respecto de ciertos actos jurídicos Como son sumamente variados no se prestan para una sistematización unitaria: he ahí la razón por la cual la teoría de los vicios de los actos jurídicos deja de lado a los vicios de forma, y solo se refiere a los que Freitas denomina vicios sustanciales.

Entre estos últimos hay dos grupos diferenciados. El primer grupo contiene los vicios que la doctrina moderna denomina de la voluntad, porque inciden en algún elemento de ella: tales son el error o ignorancia, el dolo y la violencia. El segundo grupo abarca los defectos de buena fé que pudieran presentar los actos jurídicos: ellos son la simulación y el fraude...” LLAMBIAS. Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil*. Ob. Cit. Pag. 410.

y mas precisamente el dolo y el error, porque la violencia se encuentra descartada en el supuesto que analizamos.

Esta idea de vicios de la voluntad es plenamente aplicable a la institución matrimonial, se ha dicho que el matrimonio además de estar llamado a integrar el tejido social, consiste en la integración de dos vidas, constituye el modo más hondo y entrañable en que dos personas pueden estar unidas, implica la enajenación de una parte importante de la libertad de cada cónyuge, la dación de sí mismo al otro. Y por ser así, porque el vínculo tiene alcances tan extensos y tan profundos, sostenemos que no pueden tener otro origen que la voluntad de quienes lo contraen y que en la medida en que esa voluntad esté gravemente viciada, su manifestación exterior no origina un auténtico vínculo conyugal, sino una mera apariencia.¹⁹⁸

2. El error como vicio de la voluntad.

Enfatiza el artículo 924 que el error sobre la naturaleza del acto jurídico anula todo lo contenido en él. Evidentemente si estamos frente a un supuesto de error cuando el acto se encuentra viciado por un factor que distorsiona nuestra voluntad. El sujeto no obtiene lo que quiere, no existe una relación entre la causa y el resultado, y el derecho ha regulado esa situación fulminando de nulidad el acto ejecutado en estas condiciones.

3. Diferentes supuestos de error.

¹⁹⁸ MAZZINGHI, Jorge Adolfo. "Adecuada utilización del como causa de anulación matrimonial" *Revista El Derecho*. Tomo 103. Buenos Aires. 1983. Pag. 678.

El error puede devenir de diferentes situaciones:

Puede estar especialmente referido *al objeto*, en este sentido el artículo 927 establece que anula también el acto, el error respecto al objeto sobre que versare, habiéndose contratado una cosa individualmente diversa de aquélla sobre la cual se quería contratar, o sobre una cosa de diversa especie, o sobre una diversa cantidad, extensión o suma, o sobre un diverso hecho.

Es decir puede estar en relación con *la causa o cualidad* de una cosa, así el artículo 926 establece que el error sobre la causa principal del acto, o sobre la cualidad de la cosa que se ha tenido en mira, vicia la manifestación de la voluntad, y deja sin efecto lo que en el acto se hubiere dispuesto.

Y por último puede referirse especialmente a *la persona*, así el artículo 925 menciona el error relativo a la persona, con la cual se forma la relación de derecho.

Los dos primeros supuestos debemos desecharlos por no hacer a nuestro tema de investigación, aunque consideramos que el error en la causa desde una perspectiva teleológica roza los umbrales del último supuesto: el error en la persona.

4. El error como vicio del acto jurídico matrimonial.

4.1. Generalidades.

En cuanto a este último evidentemente constituye el núcleo normativo en razón del cual se puede obtener la

nulidad del matrimonio por vicios volitivos, el cual reposa en la idea de libertad y en una percepción moral de la institución matrimonial, como enseña FERNANDEZ ABAD el matrimonio, por tratarse de un vínculo moral fundado en la naturaleza humana, reconoce su causa eficiente en la decisión personal de los cónyuges, los que por un acto libre de voluntad, se entregan recíprocamente para formar una comunidad de vida. Para que este acto constituya un verdadero compromiso de la voluntad, y en consecuencia, sea jurídicamente vinculante, es necesario que cada contrayente esté en condiciones de asumirlo. Para ello, el compromiso debe ser personal, lo cual supone un obrar inteligente y libre.

Es decir, que debe tratarse de un acto fundado en la verdad que el entendimiento propone sobre la personalidad del otro contrayente, de modo que la voluntad, suficientemente ilustrada, pueda tender libremente a él, y asumir por ello, la responsabilidad que toda libre elección comporta. Es esta una existencia inherente a la naturaleza humana, al modo de vincularse de una personalidad frente a otra.¹⁹⁹ Resulta claro que tanto el error como el dolo lesionan la intención y por ende la libertad volitiva, y en materia matrimonial esa libertad se circunscribe a la elección, en estos casos, como dice JOSSERAND, el mecanismo de la voluntad se ha movido erróneamente, se han falseado sus resortes, de tal modo que su impulso ha sido defectuoso.²⁰⁰

En relación al error y en base a lo que venimos

¹⁹⁹ FERNANDEZ ABAD, María Cristina. “Apuntes sobre el dolo como vicio del consentimiento matrimonial, a propósito de un reciente fallo”. *Revista La Ley*. Tomo 1983-D. Buenos Aires. 1983. Pag. 11.

²⁰⁰ JOSSERAND, L. *Los Móviles de los Actos Jurídicos de Derecho Privado. Teología Jurídica*. Traducido por Eligio SANCHEZ LARIOS, y José M. CAJICA Jr. Editorial José M. CAJITA Jr. Mexico D. F. Pag. 45.

explicando, consideramos que dos serían los supuestos que se pueden configurar:

4.2. Error en la identidad.

Por un lado que quien accede al matrimonio por algún desliz errara en relación a la *persona física* con la cual creía que se estaba casando. Este sería un caso de laboratorio, aunque podría darse cuando se trata de gemelos o mellizos, o en un supuesto de matrimonio entre ausentes, de todas maneras es muy improbable que esa situación se configure.

Se ha discutido en doctrina en qué medida puede invocarse esta causal y su consecuencia en relación a los actos jurídicos,²⁰¹ porque en ciertos actos la persona no es relevante, así en los contratos, dice RIVERA, lo tenido en miras por un contratante no es la persona del otro contratante, sino el resultado que intenta obtener.²⁰²

²⁰¹ Esta cuestión sigue siendo materia de debate, LLAFAILE y BREBBIA, entienden que el error sobre la persona solo se puede invocar en aquellos casos en que la consideración de la persona es una causa principal del acto, es decir en los contrato *institu personae*, otra parte de la doctrina, a la cual se adhiere LLERENA, entiende que el error en la persona es siempre esencial , aún en aquellos acuerdos en que no se tenga en cuenta las cualidades personales , por último una tercera postura, en la cual se enrolan SALVAT, LLAMBIAS, y ARAUZ CASTEX, entiende que la aplicación del texto legal no se limita a los contratos *institu personae*, sino que en principio todo error sobre la persona hace anulable el acto, salvo en aquellos casos en que la identidad carece de importancia. SOLIMANO, Nelly Louzan, TRINCAVELLI, Nelida E. *Derecho Civil. Parte General*. II. 2º Edición. Editorial Desalma. Buenos Aires. 1999. Pag. 462.

²⁰² Cita en este sentido al artículo 1110 del Código Civil Francés, el cual expresa que el error sobre la persona no es una causa de nulidad, sino cuando la consideración de ella sido la cusa principal de la convención. RIVERA, Julio César. *Instituciones de Derecho Civil*.

Con respecto al acto jurídico matrimonial consideramos que no caben dudas de la invalidez del mismo ante este supuesto, habida cuenta que se trata de un acto jurídico *institui personae*, en igual sentido opinan SOLIMANO Y TRINCAVELLI, quienes entienden que en el derecho de familia, por ejemplo en el matrimonio, y en el de las sucesiones, en la institución de herederos o legados y en los contratos *institui personae* el error sobre la identidad de la persona es siempre esencial.²⁰³

4.3. Error en las cualidades del otro contrayente.

La idea de error en la persona nos viene de la tradición del derecho canónico que, en sus orígenes aludía al error sobre las cualidades que han sido tomadas en consideración como un medio de individualización de la persona, más no cualidades que pudieran constituir un simple motivo del consentimiento, era los que se expresaba diciendo que solo invalidaba el matrimonio habiendo mediado error *in qualitis in personam redundam*. Esta doctrina clásica fue flexibilizándose, y a pesar de haber sido recibida literalmente en el Código de derecho Canónico de 1917 (Can. 1083), no impidió que la jurisprudencia rotal a partir de una sentencia de los años 70 extendiera el error *redundans* a los casos en los que la cualidad moral, jurídica o social, está tan íntimamente unida con la persona física, que si ella falta también la persona física resulta completamente diversa.²⁰⁴

Parte General. Tomo II. 3° edición. Editorial Lexis Nexis. Abeledo Perrot. Buenos Aires. Pag. 746.

²⁰³ SOLIMANO, Nelly Louzan, TRINCAVELLI, Nelida E. *Derecho Civil. Parte General*. Ob. Cit. Pag. 462.

²⁰⁴ ZANNONI, Eduardo. "El error sobre las cualidades personales del otro contrayente como causa de nulidad del matrimonio". *Revista la*

Dice MAFFIA que el error en *cualidades personales del contrayente*, se presenta cuando ha dirigido su consentimiento a una cualidad totalmente singular, capaz de diferenciar e individualizar a la persona poseedora, de tal manera que desapareciendo la misma ella se convertiría en otra distinta. O dichos en otros términos, la intención va dirigida hacia la cualidad y la persona sigue como arrastrada hacia esta.²⁰⁵

Esta idea de error en las cualidades de la persona ha sido prevista especialmente por la ley 23.515, el actual artículo 175 del Código Civil, prescribe que vician el consentimiento la violencia, el dolo y el error acerca de la persona del otro contrayente. También lo vicia el error acerca de cualidades personales del otro contrayente si se prueba que, quien lo sufrió, no habría consentido el matrimonio si hubiese conocido el estado de cosas y apreciado razonablemente la unión que contraía. Se ha dicho que entre las cualidades del sujeto que pueden tener relevancia están: su profesión, estado civil, su aptitud artística o técnica.²⁰⁶ También es plenamente aplicable a este supuesto de error la falta de conocimiento de una enfermedad que padecía alguno de los contrayentes.

Es decir, si quien accede al matrimonio ignoraba la existencia del mal que padecía el otro contrayente, puede el cónyuge sano, a través de la vía de los vicios del consentimiento, en este caso el error, obtener la nulidad del

ley. Tomo 1988-E. Buenos Aires. 1988. Pag. 201.

²⁰⁵ MAFFIA, Jorge O. "Dolo y error en materia matrimonial". *Revista La Ley*. Tomo 108. Sección Doctrina. Buenos Aires. Pag. 1127.

²⁰⁶ Algunos autores han entendido que también el error sobre la solvencia económica daría lugar a la nulidad, cuestión que en general ha sido resuelta en sentido negativo en la jurisprudencia francesa. RIVERA, Julio César. *Instituciones de Derecho Civil*. Ob. Cit. Pag. 747.

matrimonio.

Deberá probar justamente, que de haber sido conocidas al momento de la celebración del matrimonio por quien alega la nulidad no hubiera llevado a cabo el acto, o bien que ciertas características que se tuvieron en miras al momento de casarse no eran tales (estatus social, profesión, honestidad, o bien *un estado de salud*, etc) demostrando en ese caso, como dice MAFFIA, que han influido decididamente en la determinación del cónyuge.²⁰⁷

De producirse un supuesto de error de estas características la consecuencia no podría ser otra que la invalidez del vínculo, porque aquello que motivó al contrayente para enlazarse en matrimonio era una ilusión que no se condecía con la realidad, como enseña JOSSERAND todo se reduce al criterio del móvil determinante; al error sobre la personalidad civil de uno de los cónyuges que se convierte en dirimente cuando ha inclinado la voluntad de la víctima en una falsa dirección, cuando haya contribuido a extraviarla.²⁰⁸

5. El dolo como vicio de la voluntad.

5.1. Generalidades.

Para determinar los alcances y vicisitudes del dolo en nuestro derecho civil debemos circunscribir el ámbito donde incorporamos el término porque nuestro Código trae aparejada diferentes acepciones del vocablo.

²⁰⁷ MAFFIA, Jorge O. "Dolo y error en materia matrimonial". Ob. Cit. Pag. 1129.

²⁰⁸ JOSSERAND, L. *Los Móviles de los Actos Jurídicos de Derecho Privado. Teología Jurídica*. Ob. Cit. Pag. 47.

Así cuando el artículo 521 establece que si la inejecución de la obligación fuese maliciosa los daños e intereses comprenderán también las consecuencias mediatas (Texto según ley 17.711), evidentemente no se refiere al dolo desde la perspectiva de los vicios del consentimiento sino desde la idea del *incumplimiento malicioso* de un contrato nos circunscribimos a lo que la doctrina llama el “dolo obligacional o contractual”

Por otro lado cuando hablamos de un hecho ilícito distinguimos entre los delitos y los cuasidelitos, en razón a si fueron ejecutados con dolo o culpa. Es decir para que un hecho ilícito constituya un delito en materia civil es necesario que sea realizado con dolo, en esos términos el dolo debe ser entendido en relación al artículo 1072 el cual prescribe que el acto ilícito ejecutado a sabiendas y con intención de dañar la persona o los derechos de otro, se llama en este Código delito. Entonces cuando hablamos del “dolo delictual” tenemos que tener en cuenta la *intención de dañar* por parte del autor de un hecho.

Por último y en referencia al tema que nos ocupa, debemos mencionar el dolo como vicio del consentimiento, en este sentido el artículo 931 reza acción dolosa para conseguir la ejecución de un acto, es toda aserción de lo que es falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee con ese fin.

Este artículo se complementa con el siguiente el cual prevé los requisitos para que exista dolo, es decir, para que el dolo pueda ser medio de nulidad de un acto es preciso la reunión de las circunstancias siguientes:

1. Que haya sido grave.
2. Que haya sido la causa determinante de la

acción.

3. Que haya ocasionado un daño importante.
4. Que no haya habido dolo por ambas partes.

Entonces cuando hablamos el dolo como “vicio de la voluntad”, estamos frente a un *ardid o engaño*, siempre que se cumplan los requisitos precedentemente expuestos.

En relación al dolo como causa determinante del daño dice MAZZINGHI que se debe contemplar el aspecto sobre el cual recae el engaño urdido, y valorar si objetivamente, es decir desde un punto de vista generalmente aceptado, tiene o no tiene importancia significativa. La honra, la salud una determinada religión, entre otros aspectos, deben a primera vista, considerarse determinantes, mientras que pequeños engaños relativos aspectos secundarios pueden ser rechazados por el juez.²⁰⁹

5.2. La llamada omisión dolosa como vicio del consentimiento matrimonial.

En cuanto a nuestro objeto de estudio el supuesto que más nos interesa es este último, es decir, el dolo *como vicio de la voluntad*, ahora bien desde la perspectiva de análisis que proponemos: ¿Como podemos vincular el dolo con el contagio de una enfermedad en el matrimonio?

La cuestión debe ser circunscripta a lo que se llama dolo por omisión; para RABINOVICH-BERKMAN la omisión dolosa puede configurarse de dos formas: ocultando mediante estratagemas o ardidés, el verdadero estado de las cosas: o absteniéndose de informar a la víctima acerca de la realidad

²⁰⁹ MAZZINGHI, Jorge Adolfo. “Adecuada utilización del como causa de anulación matrimonial” Ob. Cit. Pag. 678.

de los hechos cuando se advierte que ésta ha ocurrido en un error al apreciar el estado de los mismos.²¹⁰

Como se evidencia ambos casos pueden configurarse en el caso de que la ocultación recaiga sobre el estado de salud, porque como explican OCAMPO y URIARTE el ardid o engaño deviene de una omisión en cuanto a lo que nos obliga nuestro deber de conciencia y en este caso nuestro deber legal. Si una persona accede al matrimonio ocultando el verdadero estado de salud en el que se encontraba, existe de su parte un engaño, una reserva mental artificiosa que configura un ardid.²¹¹

Estos supuestos son repudiados por el derecho que fulmina de nulidad las situaciones que pueden configurarse en esos términos, como dice FERNANDEZ ABAD, la ley quiere preservar la recta y libre decisión de quien otorga un acto jurídico de tanta trascendencia individual y social como es el matrimonio, que por constituir una unión entrañable debe descansar sobre sólidas bases morales.²¹²

Los casos que se pueden configurar son los siguientes:

²¹⁰ RABINOVICH-BERKMAN. *Derecho Civil. Parte General*. Ob. cit. Pag. 685.

²¹¹ Sabido es que la reserva mental bilateral no es admitida dentro de la legislación argentina como vicio que traiga aparejada la nulidad del matrimonio. En cuanto a la reserva mental unilateral, esta no puede ser alegada por aquel cuya conducta se haya condicionada por ella, pero sí y en la medida que tenga tal entidad que el otro contrayente de haberla conocido no hubiera accedido a la celebración del matrimonio. OCAMPO, Carlos Guillermo, URIARTE, Jorge Alcides. “La omisión dolosa y la reserva mental como configurativa de aquel dando lugar a la nulidad del matrimonio por dolo”. *Revista La Ley*. Tomo 1980 D. Pag. 546.

²¹² FERNANDEZ ABAD, María Cristina. “Apuntes sobre el dolo como vicio del consentimiento matrimonial, a propósito de un reciente fallo”. Ob. Cit. Pag. 15.

supongamos una adulteración de los certificados prenupciales, o una falta de presentación de los mismos imputable a alguno de los contrayentes.²¹³ Consideramos que en estos supuestos indefectiblemente podría plantearse la acción de nulidad por dolo siempre que exista cierto ardid o engaño en las circunstancias de hecho. En esos casos podemos aplicar el artículo 175 del Código Civil, máxime si lo relacionamos con el artículo 933 el cual establece que la omisión dolosa causa los mismos efectos que la acción dolosa, cuando el acto no se hubiera realizado sin la reticencia u ocultación dolosa.

Como enseña RIVERA el dolo también puede consistir en un hecho negativo, en el mero silencio o inacción frente a la evidencia del error en que está la otra parte,²¹⁴ en este sentido dice MAFFIA, aquí no hay argucias o maquinaciones, ocurre que uno de los contrayentes no informa al otro sobre circunstancias de su persona, que podrían influir sobre su decisión, y se pregunta el autor ¿en qué medida debe completarse la información del otro contrayente para que no exista omisión dolosa? Respondiendo al interrogante que en esta escabrosa materia se ha considerado, por ejemplo, que no es posible no informar al otro contrayente del sufrimiento de una enfermedad venérea en período de contagio que habría puesto en peligro la salud del cónyuge sano.²¹⁵ En este orden

²¹³ Si quien omite la diligencia es el Oficial del Registro, consideramos que la situación no varía mucho, porque la norma al establecer la obligatoriedad del certificado prenupcial gesta en cabeza de los contrayentes *una obligación de resultado*, cuya omisión es imputable justamente a ellos.

²¹⁴ RIBERA, Julio César. *Instituciones de Derecho Civil. Parte General*. Ob. Cit. Pag. 752.

²¹⁵ MAFFIA, Jorge O. *Dolo y error en materia matrimonial*. Ob. Cit. Pag. 1135. En igual sentido Cámara Civil 1° de la Capital, 27-dic-

de ideas OCAMPO y URIARTE han dicho que no poner en conocimiento del otro de tal circunstancia, implica una omisión dolosa que da lugar a la nulidad del matrimonio. Aferrarse en este supuesto al principio de la voluntad declarada en aras de la estabilidad del vínculo matrimonial encierra, el concepto de que el inocente deberá soportar un matrimonio por vida como un yugo vacuo, innoble y desesperado.²¹⁶

6. Diferencias entre error y dolo.

El dolo explica FERNANDEZ ABAD, a diferencia del error, implica un engaño, por lo tanto, malicia ilicitud, lo que exige una sanción jurídica más fácilmente accesible. Y desde el punto de vista de la víctima, constituye un fraude. Una estafa moral, que difícilmente pueda ser sobrellevada en el ámbito matrimonial,²¹⁷ en definitiva, como dicen RIPERT y BOULANGER cuando el error es espontáneo conserva su nombre de error; cuando es el resultado del engaño se dice que hay dolo.²¹⁸

7. Vicios del consentimiento en el derecho de familia y

1910, en Jurisprudencia de los Tribunales Nacionales, 1910-T 4-Pag. 2190.

²¹⁶ OCAMPO, Carlos Guillermo, URIARTE, Jorge Alcides. “La omisión dolosa y la reserva mental como configurativa de aquel dando lugar a la nulidad del matrimonio por dolo”. Ob. Cit. Pag. 547.

²¹⁷ FERNANDEZ ABAD, María Cristina. “Apuntes sobre el dolo como vicio del consentimiento matrimonial, a propósito de un reciente fallo”. Ob. Cit. Pag. 15.

²¹⁸ RIPERT, Georges, BOULANGER, Jean. *Tratado de Derecho Civil. Según el tratado de Planiol*. Tomo I. Parte General. La Ley. Buenos Aires. 1963. Pag. 420.

régimen de especialidad.

En principio parece claro que cuando hablamos de vicios del consentimiento en el derecho de familia, nos remitimos a lo referente a la parte general del Código en esta materia. Pero como es sabido, el derecho de familia tiene alcances y finalidades diferentes a la de los actos jurídicos en general, es decir, no persigue en sí un fin económico como por ejemplo el contrato, siendo el valor que protege el amor y no la confianza como en materia contractual.

De esta manera se vislumbra cierto marco diferencial entre estos tipos de actos ya que el acto jurídico matrimonial, conforme a su naturaleza y a la especialidad que requiere su tratamiento, no participa *en plenitud* de los principios generales del artículo 944 y siguientes. Lo mismo ocurre con los vicios del consentimiento, que en cuanto a su conceptualización y campo de aplicación, si son susceptibles de remisión a los principios generales, pero ello no obsta, a que en el ámbito del derecho matrimonial gocen de especialidad.

Como sustento de esta idea (aunque no refiriéndose específicamente a este tema) dice BORDA que según la teoría psicológica clásica, el consentimiento para ser válido, debe ser expresado con discernimiento, intención y libertad., aunque posteriormente considera a esta teoría falsa en sus fundamentos y consecuencias, y manifiesta que en materia matrimonial es donde revela su mayor debilidad.²¹⁹

²¹⁹ Los fundamentos de estas aseveraciones los plantea en los siguientes términos: No es verdad que el discernimiento sea un requisito del casamiento válido. Nuestra ley lo autoriza desde los 16 años para las mujeres y 18 para los varones y aún antes si el interés de los menores así lo exige. (artículo 167 del Código Civil). Es indudable que a los 12 o 14 años una criatura carece del desarrollo

Una visión similar a esta concepción surge de lo expuesto por D'ANTONIO y MÉNDEZ COSTA quienes si bien en principio afirman la necesidad de aplicación de los principios generales cuando expresan que es obvio aclarar que estos (los vicios del consentimiento) tienen sus lineamientos básicos en el régimen de causales de nulidad del Código Civil con respecto a todos los actos jurídicos en general, pero dichos autores terminan aceptando que, esto es sin perjuicio de que la singularidad única del matrimonio presida la presentación fáctica, y la investigación y la apreciación del defecto por el juzgador y de que las consecuencias del matrimonio viciado sean típicas de este.²²⁰

De esta manera queda evidenciado que en materia de matrimonio existe cierta especialidad que impide o limita la aplicación de los principios generales. Otro supuesto que corrobora nuestra posición es el concerniente a la libertad como elemento indispensable del acto jurídico para su

intelectual suficiente para apreciar el significado y trascendencia del acto, las responsabilidades de padre de familia, las dificultades y problemas de la convivencia. Nuestras leyes le niegan discernimiento a un niño de 12 años para comprarse un juguete (art. 921 del Cod. Civil), pero le reconocen aunque excepcionalmente, capacidad para celebrar el acto más importante de la vida civil. Es que el matrimonio no es solamente un problema de desarrollo mental, sino también de sexo y desarrollo físico. Si la pubertad coincide con la edad desde 12 y 14 años, ello significa que la propia naturaleza señala que a esa edad es factible la unión de sexos y, por lo tanto, el matrimonio. Es imposible negarle el derecho a casarse a una mujer en cinta. Y no por embarazada tendrá mayor discernimiento. BORDA, Guillermo. *Manual de Derecho de Familia*. 10ª Edición. Editorial. Perrot. 1998. Pag. 75.

²²⁰ D'ANTONIO, Daniel Hugo, MÉNDEZ COSTA María Josefa. *Derecho de Familia*. Tomo I. Editorial Rubinzal-Culzoni. Santa Fé. 1990. Pag. 144.

validez.²²¹

El dolo como vicio del consentimiento en materia matrimonial fue excluido de diversas legislaciones en el derecho comparado, el artículo 180 del Código Civil francés enuncia como vicios del consentimiento a la violencia cometida contra uno de los esposos y al error en la persona, RIPERT y BOULANGER explican esta omisión manifestando que comúnmente se dá como razón que las partes recíprocamente “se sacan pimienta de los ojos”, como en la comedia de Labiche, nacerá allí una especie de lucha natural e inevitable. Además el mismo interesado a menudo se hace ilusiones que se disipan más tarde y se siente inclinado a acusar a la otra parte de maniobras dolosas.²²²

Si bien el argumento es atinado, no debemos olvidar que en derecho de familia la aplicación indiscriminada de los

²²¹ Dice BORDA en este sentido, que por lo común, el enamorado, que todo lo ve color de rosa, pierde su aptitud de juicio y valoración en lo que atañe a la amada, está prisionero de su pasión. Es una ingenuidad sostener que tiene libertad. Tampoco la tiene la muchacha, que se casa para escapar a la miseria o cuidar su honra; la que cede a la presión de su padre para realizar un matrimonio de conveniencia. No por ello el acto es menos válido. En los negocios jurídicos lo ideal es hallarse libre de toda presión espiritual o material para poder apreciar los pro y contra si fuera posible con la frialdad y la lucidez de un físico; en el matrimonio, en cambio es deseable que los contrayentes están profundamente enamorados, es decir, que hayan perdido su libertad y su claridad de juicio. Porque el matrimonio es un acto de amor, una entrega, no una fría especulación de ventajas e inconvenientes, ni un cálculo de las cualidades y defectos del prometido. La teoría jurídica del consentimiento tiene muy poco que ver con la aceptación, a veces telúrica, de un hombre o una mujer. BORDA, Guillermo. *Manual de Derecho de Familia*. Ob. Cit. Pag. 76.

²²² RIPERT, Georges, BOULANGER, Jean. *Tratado de Derecho Civil. Según el tratado de Planiol*. Tomo II. Volumen. I. *De las Personas*. (1° parte). La Ley. Buenos Aires. 1963. Pag. 194.

vicios del consentimiento es altamente perjudicial a la institución matrimonial cuya naturaleza y alcances se escinden de otros actos jurídicos.

8. Conclusiones parciales

Es claro que padecer de una enfermedad contagiosa por parte de alguno de los sujetos que acceden al casamiento, puede constituir un supuesto de error o de dolo. En el primer caso ante el mero desconocimiento por parte del cónyuge sano de la existencia de la enfermedad del otro, y en el segundo supuesto, ante la ocultación o engaño de quien la padece, como medio para lograr la unión conyugal.

Los vicios del consentimiento en materia matrimonial gozan de particularidades específicas que los diferencian de los vicios del consentimiento en general, ya que como hemos expuesto oportunamente durante el desarrollo de este trabajo, la aplicación rigurosa de los principios generales en esta materia sería perjudicial para la estabilidad perseguida por la institución del matrimonio.

Hemos dicho que la prohibición nupcial que consagra el artículo 13 de la ley 12.331, carece de consecuencia jurídica cuando el mismo es violado, es decir, cuando las nupcias ya se han celebrado mediando dicho impedimento, por ello tanto el dolo como el error, constituyen, en la actualidad, los únicos medios idóneos para anular las nupcias, cuando las mismas se hayan celebrado mediando una enfermedad contagiosa por parte de alguno de los contrayentes.

Aunque consideramos, que la nulidad del matrimonio por la existencia de vicio en el consentimiento por la ignorancia sobre la existencia de una enfermedad en el otro contrayente, debe estar específicamente contemplada en la normativa del Código, para evitar todo tipo de divergencias sobre la posibilidad de su aplicación a este supuesto de hecho.

9. Bibliografía del Capítulo.

BORDA, Guillermo. *Manual de Derecho de Familia*. 10° Edición. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1998.

D'ANTONIO, Daniel Hugo, MÉNDEZ COSTA María Josefa. *Derecho de Familia*. Tomo I. Editorial Rubinzal-Culzoni. Santa Fé. 1990.

FERNANDEZ ABAD, María Cristina. "Apuntes sobre el dolo como vicio del consentimiento matrimonial, a propósito de un reciente fallo". *Revista La Ley*. Tomo 1983-D. 11/16.

JOSSERAND, L. *Los Móviles de los Actos Jurídicos de Derecho Privado. Teología Jurídica*. Traducido por Eligio SANCHEZ LARIOS, y José M. CAJICA Jr. Editorial José M. CAJITA Jr. México D. F. 1946.

LLAMBIAS, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. 19° Edición. Editorial Abeledo Perrot. 2001.

MAFFIA, Jorge O. "Dolo y error en materia matrimonial". *Revista La Ley*. Tomo 108. Sección Doctrina. Buenos Aires. s/d. 1125/1135.

MAZZINGHI, Jorge Adolfo. "Adecuada utilización del dolo como causa de anulación matrimonial" *Revista El Derecho*. Tomo 103. Buenos Aires. 1983. Pags. 673/678.

OCAMPO, Carlos Guillermo, URIARTE, Jorge Alcides. "La omisión dolosa y la reserva mental como configurativa de aquella dando lugar a la nulidad del matrimonio por dolo". *Revista La Ley*. Tomo 1980 D. 545/547.

RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo. *Derecho Civil. Parte General*. Editorial Astrea. Buenos Aires. 2000.

RIPERT, Georges, BOULANGER, Jean. *Tratado de Derecho Civil. Según el Tratado de Planiol*. Tomo II. Volumen. I. De las Personas. (1° parte). La Ley. Buenos Aires. 1963.

RIPERT, Georges, BOULANGER, Jean. *Tratado de Derecho Civil. Según el tratado de Planiol*. Tomo I. Parte General. La Ley. Buenos Aires. 1963.

RIVERA, Julio César (Director). *Código Civil Comentado. Doctrina-Jurisprudencia-Bibliografía. Títulos Preliminares Personas*. Editorial Rubinzal Culzoni. Buenos Aires. S/D.

RIVERA, Julio César. *Instituciones de Derecho Civil. Parte General*. Tomo II. 3° edición. Editorial Lexis Nexis. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 2004.

SOLIMANO, Nelly Louzan, TRINCAVELLI, Nelida E. *Derecho Civil. Parte General*. II. 2° Edición. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1999.

ZANNONI, Eduardo. “El error sobre las cualidades personales del otro contrayente como causa de nulidad del matrimonio”. *Revista la ley*. Tomo 1988-E. Buenos Aires. 1988. Pags. 201/204.

1. Introducción.

La ley 12.331 sancionada en 1936, en su artículo 13 establece que las autoridades sanitarias deberán propiciar y facilitar la realización de exámenes médicos prenupciales. Los jefes de los servicios médicos nacionales y los médicos que las autoridades sanitarias determinen, estarán facultados para expedir certificados a los futuros contrayentes que lo soliciten. Estos certificados, que deberán expedirse gratuitamente, serán obligatorios para los varones que hayan de contraer matrimonio. Como hemos dicho, este artículo en su última parte crea un impedimento matrimonial al estipular que no podrán contraer matrimonio las personas afectadas de enfermedades venéreas en período de contagio.

Por otro lado en el año 1965, como ya hemos expuesto, entra en vigencia la ley 16.668 cuyo articulado, en la parte pertinente establece la obligatoriedad del examen médico prenupcial a las personas de sexo femenino. En su artículo 1 dispone: declárese obligatorio en todo el territorio de la Nación la obtención del certificado prenupcial para los contrayentes del sexo femenino.

En el artículo 2 de esa norma establece que los exámenes médicos respectivos deberán ser practicados por los organismos dependientes del Ministerio de Asistencia Social y Salud Pública de la Nación, de la Municipalidad de la Capital Federal y los servicios asistenciales provinciales y municipales, en iguales condiciones que los practicados a las personas del sexo masculino. En todos los casos los certificados deberán ser elevados a la pertinente superioridad para su visación, antes de ser exhibidos en las oficinas del Registro Civil.

Por último, el artículo 3 remite a la ley 12.331 en relación a las penalidades, al estipular que los que

contravinieren las disposiciones de la ley se harán pasibles de las penalidades impuestas por la ley 12.331 y su reglamentación.

Difícilmente se encuentre en esta última ley penalidad alguna, más que aquella administrativa que pesa sobre el Oficial del Registro que permite el casamiento omitiendo la diligencia del examen médico. Es decir, entre las partes celebrantes no existe disposición especial que determine la o las alternativas jurídicas en caso de que se omita la diligencia del artículo 12 de la ley 12331 y del artículo 1 de la ley 16.668.

Entonces la cuestión consiste en determinar lo siguiente: si uno de los contrayentes omite presentar el certificado médico prenupcial o lo presenta en forma falsificada: ¿puede el otro contrayente demandar por daños y perjuicios, en caso de que este le contagie una enfermedad venérea, habida cuenta que la ley exigía una previsión al respecto?

Y por otra parte, el hecho de que ambos cónyuges presenten los correspondientes certificados demostrando que se encontraban sanos al momento de acceder a las nupcias, y tiempo más adelante, uno de ellos contagie una enfermedad venérea al otro, hace surgir algunos interrogantes. El principal consiste en desentrañar qué incidencia jurídica va a tener el certificado médico prenupcial, por un lado para determinar la aplicación de los principios generales sobre responsabilidad civil, y por otro lado, para probar un posible contagio externo al matrimonio.

De esta manera el Capítulo se encuentra estructurado de la siguiente forma: un análisis acabado de los momentos históricos por los que transitó la idea de responsabilidad, para detenernos en el campo de la culpa, entendida en el sentido amplio como comprensiva del dolo y la culpa; un

examen particularizado de los elementos de la responsabilidad y la posibilidad de aplicarlos al supuesto de análisis teniendo en cuenta que en materia de derecho de familia existe un régimen normativo especial que limita la aplicación de normas genéricas o foráneas a la institución familiar. Y por último, una propuesta jurídica para esbozar una posición sobre el conflicto planteado.

2. Breve introducción al tema. La responsabilidad en la historia.

Es fácil denotar distintos estadios u etapas históricas en materia de responsabilidad civil. Aún cuando desde una perspectiva moral y lógica es evidente que quien causa un mal a su prójimo debe reparar dicha lesión y consecuentemente responder por ello, la historia de la humanidad demuestra que esta máxima tardó mucho tiempo en arraigarse en el ideal comunitario, social y jurídico.

Si bien en la actualidad la idea de tener en cuenta la figura del autor del hecho para imputarle la consecuencia dañosa es materia corriente, esto no fue tan evidente en la antigüedad, donde los datos objetivos y la figura del damnificado dominaban el escenario de la responsabilidad.

Comenzaremos por mencionar exiguamente algunos de los estadios que atravesó el concepto de responsabilidad, sin dejar de mencionar que, en todos los casos y etapas, el ideal perseguido no es otro que el de justicia.

2.1. Etapa primitiva: La Venganza

En un primer momento, el hombre primitivo solo conoció la venganza, es decir devolver el mal a través del mal

mismo. Existe en esta etapa una falta de percepción del fenómeno en cuanto a su correcto enfoque, al decir de BUSTAMANTE ALSINA la injusticia es apreciada no según su causa sino su efecto, no según las circunstancias relativas al autor sino desde el ángulo de la víctima.²²³

No era necesaria la proporcionalidad de ambos daños, por lo que paradójicamente, la ley del talión (ojo por ojo, diente por diente, quemadura por quemadura), vino a significar un avance significativo, porque por lo menos introducía la idea de equiparación o proporcionalidad entre daño causado y venganza infringida.²²⁴

2.2. Etapa media: Un avance, la Composición.

Aparece luego en Roma la etapa de la composición, que constituye un avance significativo, en donde el concepto de responsabilidad comienza a detentar aristas que luego tendrán su repercusión en la actualidad.

Podemos así, separar dos supuestos de esta etapa:

La *composición voluntaria*: en un primer momento el sujeto podía optar por devolver el mal sufrido a través de la misma especie o bien solicitar un resarcimiento monetario que calmara su más profundo instinto vengativo; y

La *composición obligatoria*: donde el estado fija los

²²³ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Editorial Albeledo- Perrot. Séptima edición. Buenos Aires. 1992. Pags. 21, 22 y 23.

²²⁴ LOPEZ MESA, Marcelo. *Curso de Derecho de las Obligaciones*. Tomo III. Editorial Depalma. Buenos Aires. 2002. Pag. 66.

daños en miras a su reparación pecuniaria de manera cualitativa y cuantitativa.²²⁵

Los autores franceses explican este momento aseverando que el delito en su origen motivaba la venganza privada, y la composición resultaba de un pacto posterior al delito. Solo en la época en que la composición se hizo obligatoria se pudo tener la idea de que la obligación nacía del delito. Los romanos vacilaron mucho tiempo en considerar a la víctima del delito como un *crédito*.²²⁶

2.3. Etapa actual: La Responsabilidad en sus dos esferas de actuación.

El avance posterior permitió escindir el concepto de responsabilidad en dos órbitas diferenciales, por un lado:

La *responsabilidad penal*, la cual persigue un fin represivo, es decir obtener a través de la realización del tipo penal la sanción que corresponde al infractor y por otro;

La *responsabilidad civil*, cuya finalidad es el resarcimiento, o sea, que el damnificado pueda subsanar la situación anómala y perjudicial que le provocara el actuar dañoso de un tercero.

3. Sobre el origen de la responsabilidad por culpa.

²²⁵ En Roma se estipulaba en forma especial que monto correspondía a cada delito, en el derecho germánico se advertía una tarifa de las compensaciones que debían ser pagadas en caso de daños producidos a las personas o sus bienes.

²²⁶ RIPERT, Georges. BOULANGER, Jean. *Tratado de Derecho Civil. Según el tratado de Planiol*. Tomo V. Obligaciones. Segunda Parte. Editorial La Ley. 1963. Pag. 12

3.1. La culpa en las leyes antiguas.

Dos son los cuerpos normativos a los que se le asigna la condición de ser fuentes de la responsabilidad en su acepción actual: la Ley de las XII tablas y la Lex aquilia.

La primera solo contiene normas imprecisas que pueden dar lugar a una interpretación similar a la idea de culpa, principalmente porque se advierte un papel relevante de la subjetividad o intencionalidad.

En el caso de la *Lex aquilia*, no caben dudas que constituye el antecedente remoto más significativo de la noción actual de responsabilidad, aunque recién a fines de la República aparezca la idea específica de culpa.

En este sentido explica CASIELLO que la doctrina jurídica más general enseña que el camino a soluciones más evolucionadas del derecho de la responsabilidad, comienza con la *lex aquilia*. Se coincide que, aún en ese cuerpo de normas, sobre todo en su primitiva formulación, no contenía de ninguna manera un principio general sobre responsabilidad civil (tal como se encuentra muchos siglos después en las legislaciones modernas) que sancionase, obligando a la reparación, a todo sujeto de derecho que por su culpa causare un daño a otro. Se requirió una larga evolución para que la vieja *lex aquilia*, enriquecida por la obra de los edictos del pretor, alcanzara un contenido mayor superando el estrecho marco originario.²²⁷

3.2. La culpa en el Código Civil Francés.

²²⁷ CASIELLO, Juan José. “El principio de la responsabilidad por culpa en el Código Civil de Vélez Sarfield”. *Revista La Ley*. Tomo 1986-B. Sección Doctrina. Pag. 726.

Es por primera vez en Francia, donde los cultores del Código Civil, desarrollan el precepto en razón del cual no hay responsabilidad sin culpa a través de la máxima “*Pas de responsabilité sans faute*”, así se consolida uno de los elementos básicos de la responsabilidad subjetiva.

En nuestro Código Civil se inserta una norma similar al artículo 1382 del Código francés la cual sienta un principio rector en nuestra legislación, aunque con el correr del tiempo se irá atemperando pero sin desaparecer.²²⁸

²²⁸ Es decir, la revolución industrial y los avances tecnológicos de la época hicieron flaquear la idea de culpa como requisito para la existencia de la reparación y con un sentido más de seguridad social que de justicia aparece la idea de riesgo creado y responsabilidad objetiva en donde ya no es necesario imputarle al agente el resultado dañoso desde su actuar, sino que dada cierta causalidad material y comprobados los elementos objetivos (Ej, titularidad del objeto que causa el resultado), se atribuye responsabilidad civil. En este sentido dice BREBBIA que no vacilamos en adherirnos a la postura que sostiene que la culpa sigue siendo el principio general de la responsabilidad civil y que el riesgo queda, reducido a constituir un factor de excepción que funciona en los casos señalados por la ley. La culpa es un principio general de responsabilidad pues se configura por cualquier clase de conducta reprochable. El riesgo en cambio solo se caracteriza por una determinada especie de conducta: la actividad riesgosa. BREBBIA, Roberto H. “Vigencia y jerarquía de la responsabilidad civil por culpa en el derecho positivo argentino”. *Revista La Ley*. Tomo 1990-B Sección Doctrina. Buenos Aires 1990. Pag. 1077 y nota al pie.

Siguiendo a LOPEZ MESA, entendemos que el fundamento del deber de reparar el perjuicio a otro se obtiene al contestar adecuadamente la siguiente pregunta. ¿Por qué debe el agente reparar el daño?. La respuesta al interrogante puede ser de índole subjetiva (reproche moral generado por una conducta del dañador) o de naturaleza objetiva (razones de solidaridad que aconsejan el reparto de los perjuicios de modo que no sean en su totalidad asumidos por la víctima). LOPEZ MESA, Marcelo, J. *Curso de derecho de las*

Vale considerar, que cuando hablamos de culpa desde esta perspectiva, nos referimos al elemento subjetivo que comprende no solo el actuar negligente o imprudente sino también el actuar malicioso o intencional.

En este sentido, se ha dicho que se encuentra fuera de toda discusión en nuestro derecho que el fundamento de la responsabilidad civil en el Código Civil es la culpa, considerada en un sentido amplio comprensivo del dolo y la culpa en sentido específico.²²⁹

3.3. La responsabilidad civil en la actualidad.

Como hemos apuntado en alguna nota, la responsabilidad civil aparece en un estado de trance donde se vislumbran algunas variables, ello ha llevado a señalar a cierta doctrina, que la culpa se encuentra en plena involución y tiende a desaparecer como factor de atribución de la responsabilidad, entendemos siguiendo a MAYO que la culpa sigue siendo un criterio irremplazable (aunque no el único) como factor de atribución de la responsabilidad civil, desde el momento en que lo que se juzga es la conducta humana. Que en determinadas circunstancias (que cuantitativamente y cualitativamente pueden ser muy importantes) aparezca conveniente (quizás, mejor es decir “justo”) emplear factores objetivos de imputación no significa que deba suprimirse un criterio de atribución que se adecua a la ponderación del hacer del hombre, pues de lo contrario se puede llegar a un enfoque meramente físico de las

obligaciones. Ob. Cit. Pag. 70.

²²⁹ BREBBIA, Roberto H. “Vigencia y jerarquía de la responsabilidad civil por culpa en el derecho positivo argentino”. Ob. Cit. Pag. 1074.

acciones humanas.²³⁰

Aunque es cierto que en los tiempos que corren el sujeto lesionado adquiere un papel gravitante al momento de determinar la responsabilidad, como dice SAGARNA el derecho de daños ha mutado, ya no es aquel que ponía el acento en el victimario, hoy se protege a la víctima²³¹, ello también es advertido por el notable jurista DE LORENZO quien explica que dentro de la moderna reelaboración del problema de la responsabilidad civil –producida por virtud de las profundas transformaciones sociales y culturales que se derivaron del desarrollo tecnológico, con un notable incremento de hechos dañosos – la óptica del fenómeno se trasladó de la estructura del acto ilícito (centrado sobre la figura del comportamiento del sujeto lesionante) a la estructura del evento lesivo (identificado con el sujeto lesionado). La responsabilidad civil se redefinió como una reacción contra el daño injusto. Ante la imposibilidad de la eliminación del daño, el problema se presenta como una transferencia de un sujeto (la víctima) a otro (el responsable).²³²

Consideramos de gran importancia haber sistematizado el desarrollo histórico del concepto de responsabilidad, porque entendemos que la aplicación de los principios generales sobre responsabilidad, a todo lo que tiene que ver con la institución matrimonial se encuentra en un periodo

²³⁰ MAYO, Jorge. “El ámbito de la culpa en el derecho de las obligaciones”. En *Revista de Derecho Privado*. AMEAL, Oscar (Director) GESUALDI, dora Mariana (Coordiadora). Editorial Hammurabi Pag. 1290.

²³¹ SAGARNA, Fernando. “La responsabilidad Civil en el último año del Siglo XX.” *Revista La Ley*. Sección Doctrina. Pag. 511.

²³² DE LORENZO, Federico. *El daño injusto en la responsabilidad Civil*. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. Pag. 13/24/25.

evolutivo en donde, tanto la jurisprudencia como la doctrina, son en principio reacias a permitirlos.

Nos encontramos en un período intermedio, donde se advierten más interrogantes que respuestas y donde el criterio jurídico falla porque no proporciona respuestas al *sentido común*. Esta es la etapa media y la mitad como se evidenció en la parte pertinente de este trabajo no es ni más ni menos que el principio de la evolución.

Para una mejor comprensión de este fenómeno, consideramos que es indispensable analizar la cuestión de manera particularizada, a través de los que la doctrina ha llamado los presupuestos necesarios para la atribución de la responsabilidad, los cuales deben ser considerados en el caso concreto y en forma individualizada pero a la vez sistematizada.

4. Certificados prenupciales y presupuestos de la responsabilidad.

Ahora bien, desde este panorama moderno, parecería que la idea de responsabilidad civil se circunscribe a la de indemnización por el daño causado, la cual tendría como fin último compensar el dolor o el menoscabo. Si ello fuera así, en el caso de la omisión del certificado médico antes del matrimonio por uno de los contrayentes, probada que fuera la existencia del daño (contagio de la enfermedad), y la relación de causalidad, bastaría para atribuirle responsabilidad civil y el tema no presentaría inconvenientes.

Pero la cuestión no es tan fácil, nuestro ordenamiento y la doctrina han establecido reglas que van a determinar la aplicación de los principios generales de responsabilidad civil para el caso, los cuales vamos a desarrollar, pero antes de ello es menester señalar con SANTOS BRIZ que la

indemnización del daño implica, por regla general, no una desaparición del mismo sino solamente su desplazamiento a otro patrimonio, autorizado por una norma jurídica. Parangonando la norma o principio *nullum crimen sine lege*, puede decirse que no puede haber indemnización sin una base jurídica legitimadora.²³³ Esta cuestión se vincula estrictamente con la antijuridicidad.

4.1. La antijuridicidad.

4.1.1. Generalidades.

Nos abstenemos de referirnos a la voluntariedad de la conducta de quien trasmite un mal o enfermedad a otro, porque este requisito indispensable para la existencia de la responsabilidad civil se encuentra subsumido en la idea de incumplimiento, antijuridicidad o de causalidad, en este sentido seguimos a LÓPEZ MESA, quien expresa que el comportamiento del hombre, voluntario o involuntario debe estar indisolublemente ligado al daño para que sea trascendente en lo que respecta a la responsabilidad civil, dado que un proceder que no causa perjuicio resulta indiferente para la teoría general de aquella; de forma tal que la autoría o la acción puede quedar circunscripta al comportamiento humano dañoso, no constituyendo un genuino elemento independiente y diferenciado de la responsabilidad civil, desde que “queda perfectamente comprendida o subsumida en las ideas de antijuridicidad o

²³³ SANTOS BRIZ, Jaime. *La responsabilidad Civil. Derecho sustantivo y derecho procesal*. Editorial Montecorvo S. A. Segunda edición. Madrid. Pag. 276.

de causalidad.”²³⁴

La primera duda que surge en relación a la posibilidad de aplicar el régimen de responsabilidad que establece nuestro Código Civil al caso de análisis, es determinar si efectivamente existe o hay un incumplimiento. Es decir, como enseña JOSSERAND, no bastaría al demandante alegar que el acto o la omisión de que se queja ha lesionado sus intereses; por respetables que sean estos, no se toma en consideración sino cuando están jurídicamente protegidos. En efecto, en nuestro sistema moderno las acciones no son ya otra cosa que derechos producidos en justicia, derechos en acción.²³⁵

Para que exista responsabilidad debe haber un incumplimiento de una norma de origen convencional o por la trasgresión de un principio general que rige la vida en sociedad: el de *no dañar*.

El primer caso lo deseamos por no hacer al objeto de este trabajo, entonces centraremos nuestra atención en el deber genérico de no dañar, al que vamos a referirnos.

Como dice ALTERINI en este estado de análisis se prescinde de la valoración subjetiva del hecho, es decir del obrar del agente en su faz interna. La cuestión consiste en vislumbrar que normativa o disposición ha sido transgredida

²³⁴ TRIGO REPRESAS, Félix, A. LOPEZ MESA, Marcelo J. *Tratado De La Responsabilidad Civil. El derecho de daños en la actualidad: teoría y práctica*. Tomo I. Editorial La Ley. 2004. Pag. 391/2. Amplia la idea, el destacado tratadista, diciendo que, a mayor abundamiento, tampoco es posible olvidar que, en rigor, el obrar humano es presupuesto de todo el “derecho” y no solo de la responsabilidad civil, desde que, según así lo entiende la más moderna jusfilosofía, el derecho es conducta humana en interferencia intersubjetiva.

²³⁵ JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil. Teoría General de la Obligaciones*. Revisado y completado por André BRUN. Tomo II. Volumen I. Traducción de Santiago CUNCHILLOS y MANTEROTA. Ediciones Jurídicas Europa – América. Bosch y Cia. Buenos Aires. 1950. Pag. 305.

con el resultado dañoso.²³⁶

Es la aplicación candente de una serie de preceptos constitucionales entre los que se pueden destacar los enunciados constitucionales del Artículo 19 de la CN “*nadie esta obligado a hacer lo que la ley no manda*”, y “*las acciones privadas de los hombres que no afectan a terceros quedan exentas de la autoridad de los magistrados y solo reservadas a Dios*”. Siguiendo a ALTERINI entendemos que se refina el principio de reserva (art. 19 de la Constitución Nacional), pues se exige la ley previa a la trasgresión, aunque, claro está, sin el sentido de tipicidad propio del derecho penal.

Vale señalar con el autor que el análisis de la ilicitud se hace mediante la confrontación total del ordenamiento jurídico, así por ejemplo es responsable de la muerte de N no es ilícita si se produjo en legítima defensa.²³⁷

4.1.2. Aplicación al supuesto de análisis.

²³⁶ ALTERINI, Atilio Aníbal. AMEAL, José Oscar, LOPEZ CABANA, Roberto M. *Curso de las Obligaciones*. Tomo I. Cuarta edición. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1993. Pag. 182/3. Continúa el autor sosteniendo que la ilicitud objetiva, en este caso, surge de la confrontación de la conducta obrada con la ley en sentido material (o lato, o amplio), o sea toda norma general dictada por escrito por la autoridad competente, y no en sentido formal o estricto (que es la dictada por el Congreso) con arreglo de las formalidades constitucionales.

²³⁷ ALTERINI, Atilio Aníbal. AMEAL, José Oscar, LOPEZ CABANA, Roberto M. *Curso de las Obligaciones*. Ob. Cit. Pag 182/3. Además, dice ALTERINI, son también ilícitas las conductas contrarias a los fines de la norma jurídica al conceder un derecho, o adversas a la buena fé, la moral y las buenas costumbres, en cuanto importan el ejercicio regular de un derecho subjetivo, y configuran así un acto abusivo. (Art. 1071 del C. C.).²³⁷

Por un lado no presenta problemas afirmar que quien transmite una enfermedad venérea a otro provoca un daño y viola la norma general. De todas maneras, como se verá más adelante, siempre será necesario juzgar acerca de la negligencia o malicia con la que se ejecutó esa conducta.²³⁸

Por otro lado la omisión del certificado médico exigido en forma obligatoria es efectivamente un incumplimiento objetivo, *la norma no es un mero consejo sino que establece la obligatoriedad del certificado prenupcial* con un carácter evidentemente preventivo. Si bien esta cuestión será motivo del análisis final,²³⁹ vale mencionar que el problema se exterioriza en determinar sobre quien recae esa obligatoriedad, si para los *contrayentes* o para el *Oficial del Registro* con relación a los *contrayentes*.

Es evidente que la falsificación maliciosa que se hiciera del certificado sería claramente un supuesto de trasgresión de la norma.

Todos estos parámetros denotan los diferentes supuestos de incumplimiento que pueden devenir en responsabilidad civil; es de particular relevancia, este último, que configura un incumplimiento cuando el agente ejerce el derecho de forma disyuntiva con la finalidad del mismo. Dice GHERSI, parafraseando al gran Decano Honorario de la Universidad de Lyon, Louis JOSSERAND, que los derechos tienen un espíritu que es la razón por la cual la ley los ha concebido, y tienen una misión que cumplir contra la cual no pueden rebelarse”²⁴⁰

²³⁸ Ver *Infra Pto. 4.3 de este Capítulo.*

²³⁹ Ver *infra 6 y 9 de este Capítulo.*

²⁴⁰ GHERSI, Carlos Alberto. *Contratos Civiles y Comerciales. Parte general y especial.* Editorial Astrea. Tomo I. Tercera edición. Buenos Aires. Argentina 1994.

4.2. El daño.

4.2.1. Generalidades.

El primer elemento a analizar es la existencia de un daño o perjuicio que se le produce a la víctima. Éste es un requisito, es una condición insalvable para que exista responsabilidad.

Como dice LE TORNEAU, uno de los casos más importantes de la evolución del derecho de la responsabilidad civil es la creciente atención dada a los atentados contra la integridad del cuerpo humano: Ella se manifiesta tanto por una agravación de los perjuicios corporales como por la consideración de una lista de perjuicios morales. El atentado corporal acarrea toda suerte de perjuicios extrapatrimoniales, pero al mismo tiempo origina diversos perjuicios económicos (los gastos farmacéuticos, médicos y hospitalarios); sobre todo, la pérdida de salarios y de otras ganancias profesionales causadas por una incapacidad de trabajo, parcial o total, temporal o permanente, o provocada por el daño.²⁴¹

La transmisión de una enfermedad venérea trae aparejada diferentes connotaciones sociales, jurídicas y biológicas, que hacen tomar una posición valorativa al respecto.

Como hemos mencionado oportunamente,²⁴² dentro del ámbito jurígeno se desdoblán dos aspectos, por un lado el público cuyo objeto recae en la represión de aquellos sujetos que han transmitido una enfermedad en circunstancias

²⁴¹ LE TORNEAU, Philippe. *La Responsabilidad Civil*. Ob. Cit. Pag. 71.

²⁴² *Ver Supra 2.3 de este Capítulo.*

especialmente tipificadas, así el artículo 18 de la ley de profilaxis dispone que “*será reprimido con la pena establecida en el artículo 202 del Código Penal, quien sabiéndose afectado de una enfermedad venérea transmisible la contagie a otra persona*”²⁴³.

Por otro lado aparece el campo del derecho civil donde la reparación del daño es la finalidad perseguida; desde esta perspectiva, MAZEUAD Y TUNC distinguen la responsabilidad civil, la responsabilidad moral, la responsabilidad penal. La moral castiga el pecado, sin preocuparse por determinar si hay o no un resultado.

El derecho penal llega menos lejos, para que exista responsabilidad penal, hace falta al menos que se exteriorice el pensamiento, que haya habido lo que se denomina un principio de ejecución. Pero no es necesario de modo alguno que la ejecución se termine, aún cuando el agente no pueda cumplir el acto que desea es penalmente responsable del mismo. En tal caso hay desde luego un perjuicio para la sociedad, porque desde el instante en que la infracción entra en la fase de ejecución, amenaza al orden social; pero no hay en ello perjuicio en el sentido en que toma aquí. Ningún particular resulta dañado, no hay daño privado.²⁴⁴

²⁴³ El Código penal en el artículo 202 dispone que “*será reprimido con prisión de 3 a 15 años el que propague una enfermedad peligrosa y contagiosa para las personas*”. Ahora bien, estas, no son las únicas sanciones que se desprenden de la ley. Los médicos que anuncien tratamientos médicos de enfermedades venéreas por correspondencia serán penados por multas de 250 pesos como mínimo y 25.000 como máximo. En las mismas penas incurrirán los Oficiales de Registro que autoricen un matrimonio sin exigir el correspondiente certificado prenupcial.(artículos 12, 13 y 16 de la ley 12.331).

²⁴⁴ MAZEAUD, Henri y León. TUNC, André. *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*. Tomo I. Volumen I. Quinta edición. Traducción Luis Alcalá-Zamora y Castillo.

Al decir de TRIGO REPRESAS Y LOPEZ MESA, la responsabilidad penal se basa en un reproche a la conducta del individuo, implica un castigo o una sanción, el principio de tipicidad es de estricto cumplimiento y la entidad de la falta guarda relación directa con la magnitud de la sanción.

Explican los prestigiosos juristas, que, esos caracteres no se hallan presentes en el ámbito de la responsabilidad civil.²⁴⁵

En este sentido, es loable recordar las palabras del Profesor español SANTOS BRIZ, quien enseña que el daño es un aspecto propio del ámbito civil, no del campo penal, porque justamente el fundamento de ambas materias difiere considerablemente; así el Tribunal Superior de España en una vieja sentencia del 13 de noviembre de 1916 dice que una cosa es el castigo impuesto por la ley para la reparación del derecho social perturbado y otra el ejercicio de la acción civil de orden particular y privado cuyo éxito depende de la realidad de la existencia del daño material o moral que lógica y positivamente traiga en pos de sí quebrantos materiales ; sin cuya determinación no son aplicables los artículos 1092 y 1902 del Código Civil español. De aquí deriva que no basta la ejecución del acto ilícito para exigir responsabilidades en la vía civil sino que se requiere además que como

Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. Argentina. Pag. 293/4. Aunque, como señalan los destacados docentes de la Universidad de París, "...Por el contrario, el derecho civil no puede tomar en consideración más que ese perjuicio tan solo. En efecto, la acción no se encuentra ya en manos de la sociedad; es ejercida por un individuo determinado. Por lo tanto este no puede reclamar sino la reparación de un perjuicio que haya sufrido personalmente.

²⁴⁵ TRIGO REPRESAS, Félix A., LOPEZ MESA, Marcelo J. *Tratado de la Responsabilidad Civil. El derecho de daños en la actualidad: teoría y práctica. Ob. Cit.* Pag. 11.

consecuencia del acto haya sobrevenido un daño al ofendido o a un tercero.²⁴⁶

4.2.2. Aplicación al supuesto de análisis.

Entonces la existencia del daño, menoscabo o perjuicio es un presupuesto esencial en materia de responsabilidad civil, su ausencia excluye la atribución de responsabilidad y no obliga a la reparación material porque justamente no existe nada que subsanar.

Nos inclinamos por la definición más amplia de daño, en este sentido se expresa que, el concepto jurídico de daño, salvo restricciones queridas por el legislador, abarca la protección de todo interés no reprobado por la ley. Comprende todo perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria que afecta en forma cierta a otro, a su patrimonio, a su persona, sus derechos o facultades²⁴⁷ Este es el alcance que le ha dado el art. 1068 del Código Civil, el cual dispone que *“habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades.”*

El daño que se configura al contraer una enfermedad de transmisión sexual consiste precisamente en el menoscabo a la salud, que en algunos casos tendrá reparación por tratamiento médico y en otros puede llegar a ser terminal, pero que en todos los supuestos provocan una disminución

²⁴⁶ SANTOS BRIZ, Jaime. *Derecho de Daños*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. España. S/D. Pag. 147.

²⁴⁷ SANTOS CIFUENTES, SAGARNA, Fernando Alfredo. *Código Civil. Comentado y Anotado*. Editorial La Ley. Buenos Aires. 2003. Pag. 776. En igual sentido CNCiv. Sala D, 1997/05/14, La Ley, 1997-E,54)

en la integridad física.²⁴⁸ Asevera JOSSERAND que el daño material puede alcanzar a la víctima tanto en su patrimonio como en su persona física y entre los casos que menciona dentro de este supuesto hace especial hincapié en el “*contagio de una enfermedad, sobre todo de una enfermedad venérea*”.²⁴⁹

En el caso del contagio de SIDA, el daño debe ser probado por la víctima. Si esta ha desarrollado el SIDA o estado previo (ARC), ello mismo constituye la prueba del daño. Este consiste en el perjuicio moral que resulta evidente por el dolor y la pena de padecer la enfermedad y también el daño patrimonial, como los gastos de asistencia médica, pérdida del salario etc. Las víctimas seropositivas portadoras del virus, también pueden demandar daño moral, pues la contaminación aparece como una bomba de tiempo que causa problemas psicosociales.²⁵⁰

En este supuesto, el perjuicio es evidente, habida cuenta que el contagio de esta enfermedad venérea produce un daño que a su vez puede ser actual o futuro. Es decir, puede consistir el mismo, en secuelas o daños biológicos, fisiológicos o corporales, o bien pueden estar sujetos al curso del tiempo, como el caso de aquellos daños que indefectiblemente se producirán, en definitiva como dice

²⁴⁸ MINYERRSKY, Nelly - LAMBOIS, Susana. “Responsabilidad por Transmisión de enfermedades”. En *Obligaciones y Contratos en los albores del siglo XIX. Homenaje al profesor Roberto M. LOPEZ CABANA*. AMEAL, Oscar (Director), J. y TANZY, Silvia (Coordinadora) Abeledo - Perrot. Buenos Aires. Pag. 260.

²⁴⁹ JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil. Teoría General de la Obligaciones*. Ob. Cit. Pag. 330.

²⁵⁰ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Novena Edición. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1998. Pag. 640.

PUIG PEÑA, el resultado es el daño causado, o sea la modificación que en la armonía del mundo perteneciente al damnificado se produce a consecuencia de aquella acción u omisión.²⁵¹

En la enfermedad del HIV, conforme el estado actual de la ciencia, la muerte a pocos años de su contagio es un resultado que, lejos de ser eventual, además de posible es muy probable. En este sentido dice LE TORNEAU que la noción de perjuicio cierto es relativa, basta que sea muy probable, tal sería evidentemente el caso del daño que ya se ha producido cuando el juez falla. Esa distinción se impone en cuanto al perjuicio futuro.²⁵²

El perjuicio virtual es aquel que existe en potencia en el acto incriminado, que conlleva en sí todas las condiciones de su realización (ejemplo; en presencia de una incapacidad permanente, la disminución de la capacidad de trabajo inherente a las lesiones de la víctima, incluso si su remuneración ha sido reducida por el momento).²⁵³

El perjuicio eventual, no es más que una expectativa: es hipotético. (Ejemplo: pérdida de la posibilidad de entrar en una gran escuela, por el hecho de un accidente, cuando la víctima es solo un niño). La oposición entre los dos conceptos

²⁵¹ PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de Derecho Civil Español*. Tomo IV. Obligaciones y Contratos. Vol. II. 2º Edición. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. España. 1957. Pag. 678.

²⁵³ Es lo que se conoce como un daño futuro, que en definitiva, “se trata de un hecho ocurrido pero cuyas consecuencias dañosas no han cerrado aún todo su ciclo, y se sabe que, de acuerdo al curso natural y ordinario de los acontecimientos, en el futuro aumentarán sus repercusiones perjudiciales”. TRIGO REPRESAS, Felix A., LÓPEZ MESA, Marcelo J. *Tratado de la Responsabilidad Civil. El derecho de daños en la actualidad: teoría y práctica*. Tomo I. Ob. Cit. Pag. 451.

es una cuestión de grado más que de naturaleza pero las consecuencias son importantes. El perjuicio actual y el perjuicio virtual son ciertos, mientras que el perjuicio eventual no puede ser calificado de igual forma.²⁵⁴

En este sentido se ha pronunciado la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil al sostener que resulta improcedente indemnizar el rubro "peligro de vida", ya que el daño para ser indemnizable debe ser cierto, pues no se indemnizan los peligros de daño que constituyen situaciones perjudiciales, eventuales o hipotéticas, máxime cuando no se ha probado que las lesiones sufridas por el actor pudieran haber puesto en peligro su vida.²⁵⁵ Diferente es el caso del la *perdida de la chance* que ante el contagio de una enfermedad

²⁵⁴ LE TORNEAU, Philippe. *La Responsabilidad Civil*. Traducción de Javier TAMAYO JARAMILLO. Editorial Legis. 2004. Pag. 68. Es decir lo que no sería indemnizable es el perjuicio eventual o contingente. En este sentido sostienen MAZEUD y TUNC que exigir que el perjuicio sea cierto, se entiende que no debe ser por ello simplemente hipotético o eventual. Es preciso que el juez tenga la certeza de que el demandante se hubiera encontrado en una mejor situación si el demandado no hubiera realizado el acto que se le reprocha.

Entienden los juristas franceses que el perjuicio cierto es con mucha frecuencia, aquel tan verosímil, que el derecho lo toma en consideración, y el perjuicio eventual, aquel de tal modo eventual, que no cabe tomarlo en consideración. MAZEUD, Henri y León. TUNC, André. *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*. Ob. Cit. Pag. 301. (Nota al pie).

Por eso no hay que distinguir entre el perjuicio actual y el perjuicio futuro, sino entre el perjuicio cierto y el perjuicio, eventual, hipotético. MAZEUD, Henri y León. TUNC, André. *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*. Ob. Cit. Pag. 301.

²⁵⁵ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala II • 21/06/2007 • Zibecchi, Pablo c. Trama, Fabián y otros • LLBA 2007

como el SIDA es altamente posible que se configure y forme parte de los rubros indemnizatorios, en este orden de ideas compartimos el criterio de SAENZ, para quien cuando existe un daño resarcible por pérdidas de posibilidades de sobrevivir, el daño es cierto y actual, y no futuro como ha sostenido un sector de la doctrina.²⁵⁶

4.2.3. Daño moral.

Desde ya hace un tiempo, enseña LOPEZ MESA, se pasó de un abordaje del daño que ponía el énfasis en el daño patrimonial a otro que contemplaba también el daño moral, como un paso más en la búsqueda de la reparación integral del daño a quien lo ha sufrido. El hombre espreciado como persona de manera integral, vale por lo que es y no por lo que tiene.²⁵⁷

Ello constituye una tendencia jurisprudencial que salpicó con algunos destellos de la responsabilidad civil las orillas del derecho de familia, principalmente ante causales subjetivas de divorcio.²⁵⁸

²⁵⁶ SAENZ, Luis R. J. “Los límites al resarcimiento por pérdida de chance en la responsabilidad civil médica” *Revista la Ley*. Tomo 2004-F. Buenos Aires. 2004. Pag. 1007.

²⁵⁷ LOPEZ MESA, Marcelo. “Curso de las obligaciones.” Ob. Cit. Pag. 66.

²⁵⁸ La Cámara de Apelaciones de la Provincia del Chubut, a través de un interesante voto del doctor FERRARI, dijo que “corresponde hacer lugar a la indemnización por daño moral solicitada por el cónyuge afectado por una grave injuria que ha dado lugar al divorcio, toda vez que se trata de una conducta ilícita que enmarca dentro del régimen de responsabilidad extracontractual y la sanción resarcitoria corresponde a todo supuesto en que se ocasione a otro un daño injusto, independientemente de que ello ocurra en el ámbito de los derechos patrimoniales o del derecho de familia” (del voto del doctor

De esta forma puede advertirse que la transmisión de enfermedades sexuales, un daño que no consiste solo en la privación de la salud sino en la lesión de otros bienes y que consiste en un daño moral, entendido como el menoscabo o pérdida de un bien, en sentido amplio, que irroga una lesión a un interés amparado por el derecho, de naturaleza extramatrimonial. Sabemos que además de afectar la salud de un individuo, la enfermedad sexual ha sido considerada un estigma vergonzante y a pesar de que en la actualidad se está abandonando ese concepto porque ya no son patrimonio ni sinónimo de clases sociales bajas o de promiscuidad,

Ferrari). Cámara de Apelaciones del Noreste del Chubut, sala A, 03/03/2005, Morley, Vilma A. c. Martínez Antonio, H. , L.L.Patagonia.2005.(junio),Pag.1049.

Por otro lado la Sala K de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil ha sostenido que "es procedente el resarcimiento por daño moral a favor del cónyuge inocente en el juicio de divorcio -en el caso, se lo decretó por injurias graves y abandono malicioso y voluntario del hogar conyugal-, si las circunstancias de la causa, por su gravedad, exceden de las simples penas y conflictos propios de la vida del hombre." Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, 14/02/2002, G., H. E. c. F., N. V., LA LEY 2002-B, 159 - DJ 2002-1, Pag. 474.

En similar sentido se ha pronunciado la Cámara Civil y Comercial Nicoleña al sostener que "corresponde que el cónyuge culpable del divorcio por abandono del hogar conyugal y adulterio afronte una indemnización por daño moral a favor del cónyuge inocente que presenta, según el perito, que sufrió un estado depresivo como consecuencia de la separación de la pareja. Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Nicolás, 13/03/2001, M., C. E. c. D., M. D., LLBA 2001, 1514 Ver también, entre otros: CNCiv., en pleno, "G., G. G. c. B de G., S. M.", 1994/09/20, LA LEY, 1994-E, 538; CNCiv., sala J, "B., S. M. c. L. C., A. G.", 1999/02/18, LA LEY, 2000-C, 945; sala A, "A. C., L. c. S., E. G.", 1999/08/11, LA LEY, 2000-C, 945; misma sala, "P., L. M. c. R., H. R.", 1997/09/25, LA LEY, 1998-D, 737.

subsiste en algunos ámbitos.²⁵⁹

Hacemos principal hincapié en este asunto, porque entendemos que el supuesto de responsabilidad que se analiza tiene una poderosa lesión moral, arraigada, para la persona víctima de estos tipos de daños, desde una perspectiva *exógena* por una cultura de discriminación y exclusión social que inevitablemente se producirá en la vida cotidiana de portador del mal y desde una visión *endógena* por un clara desvalía sexual, una debilidad emocional y el dolor de llevar un estigma temporal, que en ciertos casos se transforma en permanente (Ej. HIV).

4.3. Factor de atribución.

La persona imputada pudo haber actuado intencionalmente, o sea con dolo, cometiendo así un delito (art. 1072 del CC), o pudo hacerlo ignorando su estado, aunque presentase un comportamiento riesgoso o síntomas de la enfermedad, por lo cual su actuar resulta imprudente, es decir, culposo (art. 1109 del CC).²⁶⁰

Con respecto al HIV y en cualquier caso *ajeno al matrimonio*, la ausencia de certeza sobre la presencia de la enfermedad por la carencia de síntomas no haría responsable a quien trasmite la misma. En este sentido se dice que el accionar no sería culposo si el imputado seropositivo ignoraba su estado y no podía conocerlo por la inexistencia

²⁵⁹ MINYERRSKY, Nelly - LAMBOIS, Susana. "Responsabilidad por Transmisión de enfermedades". En *Obligaciones y Contratos en los albores del siglo XIX*. Ob. Cit. Pag. 260. En igual sentido léase el despacho suscripto por el Dr. Alberto BUERES en las II Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil.

²⁶⁰ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Ob. Cit. Pag. 639.

de síntomas; el daño era imprevisible y por lo tanto no habría responsabilidad de quien, en esas condiciones, transmitió la enfermedad.²⁶¹

Muy diferente a lo reseñado es la situación que se configura cuando nos encontramos *dentro de la institución matrimonial*. Si admitimos que el SIDA, debe estar comprendido en los certificados médicos prenupciales esa situación se modifica sustancialmente.²⁶² En este caso si los contrayentes padecen de la enfermedad *lo sabrían o lo deberían saber y no podrían alegar su desconocimiento* por falta de síntomas.

4.3.1. Culpa.

Como primera cuestión decimos que la culpa debe ser analizada de conformidad con el caso concreto y en relación a una serie de disposiciones del Código que la definen, entre ellas, los artículos 902, 512 y 909; es decir, como explica HERSALIS para determinar el concepto de culpa, el sistema elaborado por nuestro Código a través del artículo 512, debe ser interpretado juntamente con otros.²⁶³

La idea de una persona que omitiendo presentar el certificado médico prenupcial le transmite una enfermedad a su cónyuge hace que pensemos inmediatamente en un obrar negligente.

Es decir, el sujeto desarrolla su accionar o conducta de una manera menos diligente a lo esperado por los demás.

²⁶¹ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Ob. Cit. Pag. 640.

²⁶² *Ver Supra Pto. 1.* Introducción. (nota al pie) de este Capítulo.

²⁶³ HERSALIS, Marcelo, SICA, Josefina. “Consentimiento Informado. Figura de extrema actualidad y utilidad”. *Diario la Ley*. 4 de Agosto de 2005. Pag. 6.

Lo cual indica o advierte la presencia del elemento subjetivo culposo, dicho accionar como dice De CUPIS configura una omisión de la diligencia exigible en el tráfico, mediante cuyo empleo podría haberse evitado un resultado no querido, la realización no querida del supuesto de hecho legal.²⁶⁴

Entendemos que la negligencia en este caso reposa no en el conocimiento que el individuo debe tener en relación a si padece o no una enfermedad transmisible, sino, en el conocimiento acerca de la obligación de presentar un certificado médico al Registro, trámite que la ley 16.668 ha calificado de *obligatorio*; cuya omisión hace previsible las consecuencias: probable existencia de una enfermedad y transmisión de un mal al cónyuge o a la prole, y una vez producido este se pone en relación causal con dicha omisión.²⁶⁵

En este sentido el artículo 904 es claro, y el conocimiento de la cosa también aludido por ese artículo, es presupuesto de previsibilidad puesto que no se puede prever lo que no se conoce. A veces una persona con su comportamiento concurre a la producción de un resultado dañoso, sin poder prever que este podía derivarse de su propia conducta; pues no conoce ni podía conocer la ley física que crea la derivación causal²⁶⁶, como se advierte este no es el caso de quien, por falta de diligencia en su actuar no presenta un certificado prenupcial, es evidente que prevé o debió prever la posibilidad de un resultado dañoso.

²⁶⁴ DE CUPIS, Adriano. *El Daño. Teoría General de la Responsabilidad*. Traducción de Ángel MARTÍNEZ SARRIÓ. Editorial Bosch S. A. Barcelona. 1975. Pag. 45.

²⁶⁵ Ver *Infra* 4.3.4. *Actos de omisión y relación de causalidad en este Capítulo*.

²⁶⁶ MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Responsabilidad por daños. Parte General*. Tomo I. Editorial Ediar S. A. 1971. Pag 62.

Pero en este caso: ¿se configuraría un supuesto de culpa consciente o inconsciente?

Dice MOSSET ITURRASPE que existe culpa consciente -denominada por algunos "culpa con previsión"-cuando el agente se representa la posibilidad del resultado pero confía o espera que no se produzca- a diferencia de lo que acontece con el dolo eventual, en el cual la representación lejos de detener al agente lo ratifica en su proceder: la representación de la posibilidad del resultado

Calificamos a la culpa de inconsciente cuando existe la posibilidad de representación del resultado pero no la representación real; es una culpa sin representación o previsión efectiva.²⁶⁷

Entendemos que el caso encuadra en esta última situación, habida cuenta que quien accede al matrimonio sin el correspondiente certificado prenupcial no se representa una previsión efectiva del daño pero podría haberlo hecho poniendo de sí un mayor esmero.

A decir verdad la cuestión es más académica que práctica porque en la idea de culpa de nuestro Código Civil se encuentra incluida tanto la culpa conciente como la inconsciente.

4.3.2. Dolo.

Si bien este supuesto posee menor relevancia en cuanto a las posibilidades de su configuración en el caso, no

²⁶⁷ MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Responsabilidad por daños*. Ob. Cit. Pag. 66. Dice el autor que el agente, en la denominada culpa simple o inconsciente, sea que obre voluntaria o involuntariamente, no tuvo conciencia de la posibilidad del daño, pero pudo tenerla si hubiera puesto mayor atención.

debemos descartar su análisis ante la eventualidad de la presencia de este factor de atribución.

Como explica el Profesor PICASSO el dolo es el factor de atribución subjetivo de la responsabilidad civil que se caracteriza por la circunstancia de que el agente obra con intención de producir un daño, que prevé en base al conocimiento que tiene de las circunstancias que rodean la realización del hecho.²⁶⁸

Entonces dos son los elementos que encierran la figura del dolo. Por un lado que el acto sea ejecutado “a sabiendas”, es decir con conocimiento y por otro que quien lo ejecuta lo haga con “intención de dañar”, este último elemento hace pensar en una idea de voluntad o representación.

Entendemos que el dolo, como factor subjetivo, abarca dos aspectos, un aspecto cognoscitivo (conocimiento por el autor de las circunstancias que rodean al hecho y previsión del resultado que se ocasionará) y otro volitivo (intención de causar el daño). En este sentido se dice que el dolo es voluntad del acto y previsibilidad del resultado dañoso.²⁶⁹

En este caso, el esponsal accedería al matrimonio, no solo sabiéndose portador de una enfermedad transmisible sino que además su voluntad se inclina por perjudicar al otro contrayente contagiándolo del mal.

El dolo delictual transmite una idea de intencionalidad, de un acto ejecutado a sabiendas (1072 de

²⁶⁸ PICASSO Sebastián. “¿Hacia una ampliación de la noción de dolo delictual en el derecho civil?” *Revista La Ley* Tomo 2004-D. Pag. 653.

²⁶⁹ BUERES, Alberto J (Director). HIGHTON, Elena I. (Coordinadora). *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*. Tomo de Obligaciones 3 A. Editorial Hammulabi. Buenos Aires. 1999. Pag. 157. El autor sigue las ideas del jurista italiano Francesco MESSINEO.

Código Civil); en muchos casos es difícil determinar cuando realmente hay una intencionalidad. Es por ello que se han esbozado diferentes teorías al respecto, las cuales pueden ser agrupadas en tres grandes corrientes:

La tesis de la voluntad cuenta entre sus exponentes con CARRARA, en Italia. Para esta teoría la esencia del dolo está en la voluntad de realizar el acto. Esta posición no niega que también la representación o la conciencia del sujeto está en el dolo, pues para que exista volición, previamente debe existir representación, lo que ocurre que para los voluntaristas el resultado no solo debe estar representado sino que además debe ser querido.

La tesis de la representación, encabezada por Von LISZT, uno de sus expositores más destacados, define al dolo como el conocimiento de todas las circunstancias de hecho correspondientes a la definición legal, que acompaña a la actuación voluntaria. Es decir, cuando se afirma que se “quiere” el resultado de una acción, lo que se quiere decir es que se prevé y se aprueba.

La tesis del asentimiento sostiene que la simple representación del resultado no constituye el dolo; pero cuando un sujeto actúa a pesar de la representación de un resultado que prevé, ese resultado es ordinariamente querido. Es decir, lo decisivo es la actitud del sujeto frente a la representación del resultado.²⁷⁰

²⁷⁰ BELLUSCIO, Augusto C., ZANNONI, Eduardo A. *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*. Tomo 5. Autores: CARDENAS, Eduardo J., KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, LAVALLE COBO, Jorge E., SMITH, Juan C. Editorial Astrea. Buenos

En realidad, en el caso de análisis, estas posturas no adquieren mayor profundidad en cuanto a su distinción conceptual, porque consideramos que la acción de mantener relaciones con un cónyuge sabiéndose portador de una enfermedad contagiosa queda circunscripta en cualquiera de las teorías esbozadas.

Esto es así porque el sujeto conoce la enfermedad que padece y sabe que la misma es muy probable que sea transmitida a su pareja (teoría de la representación), tiene voluntad de realizar el acto, conoce el resultado y quiere ese resultado (teoría de la voluntad y teoría del asentimiento).

Pero ¿podría ser un caso de culpa con representación o de dolo eventual, donde el sujeto reconoce la alta posibilidad del resultado pero sigue adelante con su accionar omitiendo ese saber?

Nos inclinamos por considerar que dado el caso del sujeto que sabiéndose portador de una enfermedad venérea que conoce tiene relaciones con su cónyuge, se configura un supuesto de dolo directo y sería muy difícil encuadrarlo en otra situación. Mas aún, nos rehusamos a analizar esa posibilidad porque nuestro derecho no reconoce dentro del dolo una figura de estas características; como dice LLAMBIAS sólo el dolo directo queda comprendido en la noción de dolo delictual, no así el dolo eventual ni menos la llamada culpa con representación. En nuestro derecho positivo el dolo que tipifica el delito civil se caracteriza por la intención nociva, ya que tal acto exige la concurrencia de dos elementos: la plena conciencia del resultado dañoso que habrá de seguir la acción – a sabiendas- que ese resultado haya constituido la motivación del agente –intención de dañar- Ahora bien tanto

en el dolo eventual como en la culpa con representación, la motivación del agente no es la consecución del daño producido, por lo cual esas figuras quedan al margen del dolo delictual característico del delito civil.²⁷¹ Además como dice PICASSO esto posee escaso valor práctico, pues salvo casos de excepción, basta con la culpa para que exista responsabilidad, y son mayoría los factores objetivos de atribución, a lo que cabe añadir que los delitos civiles producen en general similares efectos que los cuasidelitos.²⁷²

Por último, es relevante encuadrar la situación de aquel sujeto que adulterando maliciosamente la presentación del certificado prenupcial accede al matrimonio con una enfermedad que ya padecía. En este caso también existe una actitud dolosa pero no en el sentido hasta aquí expuesto.

Es decir, no se debería relacionar este comportamiento con la intencionalidad sino con el engaño, con el ocultamiento adrede, con los vicios de la voluntad.

Como vicio de los actos jurídicos el dolo es el engaño provocado por la otra parte mediante el empleo de artificios, astucias o maquinaciones, que pueden consistir en aseverar lo que es falso, disimular u ocultar lo que es verdadero o hacer ambas a la vez. En definitiva se trata del empleo de falsedades de cualquier tipo con la finalidad de determinar deshonestamente a otra persona a celebrar un acto jurídico que presumiblemente, no celebraría de conocer la verdad o lo celebraría en condiciones diversas. Como resulta del artículo

²⁷¹LLAMBIAS, Jorge Joaquín. *Código Civil Anotado. Doctrina-Jurisprudencia. Hechos y Actos Jurídicos. Actos Ilícitos*. Colaboración de RAFFO BENEGAS, Patricio J. Tomo II-B. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. 2002. Pag. 316.

²⁷² PICASSO Sebastián. “¿Hacia una ampliación de la noción de dolo delictual en el derecho civil?” Ob. Cit. Pag. 655.

933, el dolo puede ser también omisivo, lo que ocurre cuando alguien calla algo importante, sabiendo que la otra persona se encuentra incurso en error respecto de ese punto.

Es claro a esta altura que el dolo afecta la voluntad del perjudicado por atacar el elemento volitivo de la intención.²⁷³

En ese caso, el accionar del individuo, se encuadra en el artículo 931 del Código Civil cuando prescribe acción dolosa para conseguir la ejecución de un acto; es toda aserción de lo falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee con ese fin. Cuando el artículo dice “*conseguir la ejecución de un acto*” se entiende que en el supuesto de análisis consiste en acceder al acto jurídico matrimonial. Mientras que la “*disimulación de lo verdadero*” consiste en ocultar el verdadero estado de su salud que conocía o debía conocer.

4.4. Relación de causalidad

4.4.1. Generalidades.

Si tomamos el accionar de un sujeto y el daño en forma individual podemos incurrir en resultados injustos al determinar la asignación del resultado disvalioso. Es por ello que aún cuando se ha gestado un debate extenso sobre la cuestión, las legislaciones y la doctrina han sentado cimientos para determinar que actuar es atribuible a cual resultado.²⁷⁴

²⁷³ RIVERA, Julio Cesar. MEDINA, Graciela. (Directores). *Código Civil Comentado. Hechos y Actos Jurídicos*. Editorial Rubinzal-Culzoni. 2005. Pag. 225.

²⁷⁴ Así, en cada caso el juez deberá determinar si el resultado es consecuencia del accionar del sujeto al sujeto, el derecho español ha sentado este principio desde hace tiempo, así se ha dicho que la

Como enseña MAYO, el concepto de relación de causalidad se emplea habitualmente para dar respuesta a dos problemas: el primero el de encontrar una razón para ligar el daño a una persona, esto es para establecer si ha sido autor, y por ello condenarlo a indemnizar el perjuicio ocasionado a otro; el segundo el de determinar el contenido de la prestación resarsitoria. Es decir se intenta dar respuesta al interrogante acerca de la imputación del hecho dañoso, y por otra parte, a saber cuales son los límites del deber de indemnizar.²⁷⁵

Se puede decir que el daño, cuya reparación se pretende, debe estar en relación causal adecuada con el hecho de la persona o de la cosa a las cuales se atribuye su producción. Es necesaria la existencia de un nexo de causalidad pues de otro modo se estaría atribuyendo a una persona el daño causado por otro. Por ello, la relación causal es un elemento del acto ilícito y del incumplimiento contractual que vincula al daño directamente con el hecho, e indirectamente con el elemento de imputación subjetiva o de

muerte no es por sí sola suficiente para dar por supuestos los perjuicios, sino que ha de probarlos por el reclamante. Así las sentencias de 19 de febrero de 1902 y de 8 de abril de 1936, exigen demostrar los perjuicios y que estos se funden en circunstancias especiales derivadas de las relaciones existentes entre la víctima y quien los reclama, o sea en las circunstancias que para los intereses de éste haya producido la muerte de aquella. SANTOS BRIZ, Jaime. *La Responsabilidad Civil*. Ob. Cit. Pag. 283.

²⁷⁵ MAYO, Jorge. “La relación de causalidad como requisito de la responsabilidad civil en la reciente jurisprudencia de la corte de Casación Francesa. ¿Va retorno a los orígenes de la teoría?”. En *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*. Buenos Aires. La Ley, 2003, Volumen 2003. Pag. 944. El autor se sustenta en la doctrina española sigue en este sentido a DIEZ-PICAZO, Luis. En *Derecho de Daños*. Editorial Civitas. Madrid. 1999. Pags. 331/332.

atribución objetiva. Es el factor aglutinante que hace que el daño y la culpa o en su caso el riesgo, se integren en la unidad del acto que es fuente de la obligación de indemnizar.²⁷⁶

Vale decir, que el vínculo de causalidad exige una relación afectiva y adecuada (normal), entre una acción u omisión y el daño; este debe haber sido ocasionado o causado por aquella.²⁷⁷

En definitiva, como dicen HERSALIS y MAGRI, por mucho que se predique de los juicios de previsibilidad en abstracto, se determina lo que ocurre según el curso normal y ordinario de las cosas, atendiendo a criterios que si bien constituyen juicios de una norma general y positiva, no son más que el resultado de consideraciones de hombres integrantes de la comunidad, que formulan lo que para ellas constituye un Standard de previsibilidad normal y adecuado.²⁷⁸

En los casos donde los contrayentes han realizado el examen médico prenupcial que determina su estado de salud, la existencia de una enfermedad venérea, por parte de alguno de ellos, durante la vigencia de la sociedad conyugal, junto con una inversión probatoria que propondremos oportunamente,²⁷⁹ van a constituirse como elementos determinantes para establecer la relación de causalidad.

²⁷⁶ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Ob. Cit. Pag. 249.

²⁷⁷ SANTOS CIFUENTES, SAGARNA, Fernando Alfredo. *Código Civil. Comentado y Anotado*. Ob. Cit. Pag. 778. En igual sentido SC Buenos Aires. 1988/05/17, La Ley, 1999-F, 388.

²⁷⁸ HERSALIS, Marcelo, SICA, Josefina, MAGRI, Eduardo. "La Causalidad y la imputabilidad con especial referencia a la historia clínica". En *Diario La Ley* del 16 de Diciembre de 2004. pag. 5.

²⁷⁹ Ver *Infra* 6.de este Capítulo.

4.4.2. Normas del Código en esta materia.

Dice el artículo 901 en su primera parte que “las consecuencias de un hecho que acostumbra suceder, según el curso natural y ordinario de las cosas, se llaman en este Código consecuencias inmediatas”. Si una persona se encuentra afectada de un mal y mantiene relaciones sexuales con otra persona sana es probable que, conforme al curso normal y ordinario de los acontecimientos, la enfermedad se transmita a esta última.

No caben dudas que la transmisión de una enfermedad venérea puede tener una relación causal directa con el daño físico que se produce. Ahora bien, que pasaría si por esa enfermedad la persona que ha sido contagiada pierde su trabajo. Al margen de la cuestión que se puede suscitar con el empleador en relación a la discriminación, la pregunta consiste en saber si se puede atribuir dicha consecuencia al cónyuge que transmitió el mal. En ese caso, donde un determinado suceso se vincula con otro en la relación o producción de un resultado jurídico, hay que distinguir dos claras situaciones:

Por un lado hay que determinar si el autor material previó o pudo prever dicha circunstancia, en cuyo caso serán imputables las consecuencias del hecho. Si por el contrario no previó o pudo prever esa circunstancia estamos frente a una consecuencia casual, en donde el agente no debe responder, en este sentido dice el art. 901 que “*las consecuencias que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, se llaman consecuencias mediatas*”. Aunque el artículo 905 del Código Civil amplía el supuesto de la previsibilidad al estipular que “*...Las consecuencias mediatas son también imputables al autor del hecho, cuando las hubiere previsto, y cuando empleando la*

debida atención y conocimiento de la cosa, haya podido preverlas...”²⁸⁰

Consideramos que sería un claro supuesto de consecuencia mediata que conforme lo prevé el artículo transcrito, no eximiría de responder al autor del hecho. Este, inevitablemente debió prever el resultado disvalioso que se produciría en relación a su accionar.

²⁸⁰ Parece que estos principios establecen excepciones, que el propio legislador contempló como por ejemplo en relación a las consecuencias causales, las cuales no son imputables al autor del hecho, sino cuando debieron resultar, según las miras que tuvo al ejecutar el hecho (artículo 905 del Código Civil). Siguiendo las enseñanzas del Profesor LÓPEZ MESA, entendemos que esto no es así, porque si el autor “*la tuvo en miras*” no pueden ser casuales, en realidad son *mediatas y previsibles*.

Por otro lado se contemplan situaciones en donde la imputación esta dada en relación con el conocimiento que un sujeto tiene o debió tener ante el acontecimiento, en este sentido reza el artículo 902 del CC “...*Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos...*” En este caso enseña DE CUPIS que la diligencia exigible ha de determinarse en principio, por consiguiente, según la clase de actividad que se trate y de la que puede y debe esperarse de una persona normalmente razonable y sensata perteneciente a la esfera técnica del caso. DE CUPIS, Adriano. *El Daño. Teoría General de la Responsabilidad*. Ob. Cit. Pag 48. En este sentido es interesante la reflexión de LOPEZ MESA, quien explica que la regla no es la igualdad, sino la desigualdad entre los hombres, porque el hombre es esencialmente impar, esto es, único y, por ende, la desigualdad solo puede darse ante dios, es que desde una perspectiva legal, constituye una manifiesta inequidad tratar a seres desiguales como si fueran iguales o, peor aún, acallar las diferencias o soslayar los matices para aplicar ciegamente la ley. LOPEZ MESA, Marcelo. “El hombre y su circunstancia (De nuevo sobre el artículo 902 y conos. CC.)”. *En Revista de Jurisprudencia Argentina*. Tomo 1998-I. Buenos Aires. 1998. Pag. 753.

Si nos representamos un caso de una persona afectada de SIDA que *sabiendo o debiendo saber* de la existencia del mal que padece (certificado prenupcial obligatorio), contagia a su esposa/o de dicha enfermedad, es claro que previó las consecuencias que se derivan para quienes llevan sobre si el peso de una enfermedad de esa naturaleza. Por último, dejamos constancia que las llamadas consecuencias remotas nunca son imputables, estas son las que no tienen con el hecho ilícito nexo adecuado de causalidad. (Artículo 906, texto según ley 17.711.).

4.4.3. Ámbito de aplicación de la causalidad.

Distintos son los casos en los cuales un accionar humano puede determinar el resultado dañoso.

Por un lado aparece la *comisión* de un hecho propiamente dicho, en este caso basta con determinar que la conducta positiva del agente gesta la consecuencia negativa que se le atribuye.

Otro supuesto es el de *comisión por omisión* donde se infringe una norma negativa (prohibición), y la omisión es medio para violar el precepto y obtener un resultado dañoso, por ejemplo el guardavías que no acciona la palanca de cambio ante la proximidad de un tren para precipitar una catástrofe ferroviaria, en este caso el agente aprovecha la fuerza causal de hechos exteriores para obtener un resultado.

No es así en los de *simple omisión*, en los cuales la omisión por sí misma es punible con presidencia del propósito del agente.²⁸¹

²⁸¹ BREBBIA, Roberto. “*Hechos y actos jurídicos. Comentario de los artículos 896 a 943 del Código Civil*”. Doctrina y Jurisprudencia. Tomo I. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1979. Pag. 103 y sgts.

Entonces, una culpa puede estar constituida por una simple abstención. Esta conoce en sí misma dos formas. La primera es la abstención en la acción, que existe cuando el autor del perjuicio, al entregarse a una actividad particular se abstiene de tomar todas las precauciones que habrían sido necesarias para que esta actividad no cause un daño a otro: he aquí el dominio especial de la negligencia evocada por el artículo 1383 (y en este caso la diferencia entre acción y comisión es tenue). La segunda es la omisión sin acción, es claro que es culposo el hecho de abstenerse cuando existía una obligación de actuar, legal, o reglamentaria, aún por costumbre... Toda omisión es reprochable si un buen padre de familia, colocado en la misma circunstancia, hubiera actuado.²⁸²

Conforme con lo que venimos explicando deberíamos distinguir dos situaciones:

Por un lado, en el supuesto especial que analizamos, es decir, el caso de un cónyuge que trasmite un mal a su pareja en principio podemos sostener que la conducta del transmisor es un accionar positivo, es decir, un acto de comisión donde la acción culposa o dolosa del sujeto causa un daño al otro.

Pero si, como mencionamos con anterioridad y conforme a nuestra propuesta, se entiende que la obligación de presentar el certificado no está destinada solo al Oficial del Registro sino a ambos cónyuges también la cuestión varía.

De esta manera se configura un caso de *omisión* en

²⁸² LE TORNEAU, Philippe. *La Responsabilidad Civil. Ob. Cit.*
Pag. 130

donde la falta de presentación del certificado médico prenupcial determina una abstención, o traducido en los términos que se mencionaron con anterioridad, *una falta de previsión de las consecuencias* que dicho accionar podría traer aparejadas.

4.3.4. Actos de omisión y relación de causalidad.

Vemos, de esta manera, como un accionar negativo u omisivo puede ser un factor determinante para analizar el perjuicio que podría devenir de esa falta de previsión prescripta por la norma, en este sentido adquiere brillo insoslayable la memorable frase de Benjamín FRANKLIN, “*No hagáis mal a nadie, ya sea perjudicándole, o ya omitiendo el hacer el bien a que os obliga nuestro deber*”.

Pero, con relación a la causalidad nos preguntamos: ¿habría un nexo causal entre la omisión y el daño que se provoca?, ¿se podría decir que la falta de presentación del certificado medico prenupcial antes del matrimonio pudo haber provocado un daño?

En cuanto a nuestro primer interrogante, no es sobreabundante hacer referencia a las ideas de PUIG BRUTAU. Sostenía con gran ímpetu, el abogado ilustre del Colegio de Barcelona, al comentar los artículos del Código Civil español en esta materia:²⁸³ que estos preceptos no

²⁸³ El artículo 1089 del Código Civil español se refiere a “los *actos y omisiones* ilícitos en los que intervengan cualquier género de culpa o de negligencia” El artículo 1093 reitera que las obligaciones regidas por los artículos 1092 a 1010 son “las que se deriven de *actos u omisiones* en las que intervenga culpa o negligencias no penadas por la ley” y el artículo 1902 habla del daño causado a otro por *acción u omisión* culpable o negligente.

eliminan por completo la disputa relativa a si las omisiones pueden dar lugar a la responsabilidad civil con el mismo alcance que los actos positivos. Pero en todo caso tiene el valor de admitir, en principio la equiparación de las acciones y de las omisiones, sin perjuicio que desde el punto de vista de otros requisitos (como el enlace o relación de causalidad entre la omisión y el daño) el demandado pueda defenderse con más facilidad en el segundo supuesto.²⁸⁴

En cuanto a la segunda cuestión planteada consideramos que la misma debería ser analizada de esta manera:

a) La omisión del cónyuge determina una falta de previsión o lo que es peor una obligación de resultado atenuada incumplida;²⁸⁵

b) La presencia de una enfermedad venérea en el cónyuge que presentó el correspondiente certificado prenupcial y se encontraba sano determina una presunción de contagio que solo puede ser desarticulada por la persona a quien se le imputa;

c) Por ello, la carga de la prueba en estos casos debería pesar sobre quien omitió la presentación, a quien siempre le quedaría la posibilidad de demostrar que no padece ni padecía de enfermedad alguna; que el contagio de

²⁸⁴ PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho Civil* Contratos en Particular, Enriquecimiento Injusto, Responsabilidad Civil. Tomo II. Volumen II. Editorial Bosch. Barcelona. 1956. Pag. 671.

²⁸⁵ Ver *Infra Pto. 5. Sobre la dificultad de la prueba. De este Capítulo.*

la misma no le es reprochable a modo de culpa, que se contagio mediando culpa de un tercero por quien no debe responder, que el otro cónyuge no se contagió por vía sexual, el caso fortuito o la fuerza mayor.²⁸⁶

Otra cuestión que surge es saber como operan los actos de omisión, ya que muchos autores ponen en duda la asimilación de los hechos de simple omisión a los de comisión en relación a la causalidad. Este punto de vista no encuentra apoyo en el campo del derecho civil, donde siempre es necesario, ya se trate de delitos formales o materiales, la producción de un daño para que nazca la responsabilidad. De ello debe concluirse que también en los de simple omisión será necesario establecer el vínculo causal que une dicha omisión con un daño derivado en principio de esa inacción, si se quiere responsabilizar civilmente al agente. No vemos motivos valederos para separarse, en estos casos, de los principios generales ya establecidos en materia de actos de comisión y comisión por omisión, para determinar el vínculo causal. La no realización de una actividad impuesta por la norma configura una conducta tan real como la que existen en los casos de comisión por omisión.²⁸⁷

Por último, como se mencionó precedentemente, el cónyuge sobre quien pesa la presunción de haber transmitido la enfermedad puede también probar, entre otros supuestos, el caso fortuito o fuerza mayor, lo que va a establecer que no exista relación causal, aunque los autores no coinciden en determinar si lo que se destruye es la culpabilidad del agente

²⁸⁶ *Ver Infra Pto. 6.1. Carácter de la obligación de presentar el certificado médico prenupcial. De este Capítulo.*

²⁸⁷ BREBBIA, Roberto. *Hechos y actos jurídicos*. Ob. Cit. Pag. 107/8.

o se interrumpe el nexo de causalidad.²⁸⁸

5. Acerca de la dificultad de la prueba en el ámbito extramatrimonial.

La información en relación al estado de salud de una persona es fundamental para evitar la propagación de males infecto-contagiosos. Este conocimiento acerca del estado de salud, como se ha visto, puede devenir al momento de contraer matrimonio de la presentación de los correspondientes certificados prenupciales obligatorios.

En las relaciones extramatrimoniales compartimos la posición de MINYERRSKY y LAMBOIS quienes sostienen que si bien puede parecer que, quien toma todos los recaudos para cuidar a su pareja no necesita informarla de su enfermedad, pensamos que el deber de informar por cuanto la gravedad del riesgo impone considerar su negligencia al no prevenir a su pareja.²⁸⁹

²⁸⁸ Los doctores BREBBIA, CAMPAGNUCCI DE CASO, y KEMELMAJER DE CARLUCCI afirman que el caso fortuito o fuerza mayor interrumpe el nexo de causalidad entre la conducta del agente y el daño, por su parte, los doctores MOSSET ITURRASPE y GARRIDO optan por la tesis de que el caso fortuito es, en rigor, un hecho extraño, lo que equivale a decir que su autor es otro, faltando, entonces el presupuesto de la autoría y por ende de la relación de causalidad entre el daño y el presunto responsable. En última instancia las dos posiciones admiten que no hay una relación de causalidad cuando juega el caso fortuito, pero en la segunda de las opiniones se sostiene que no hay autoría. CAZEAUX - BREBBIA - ALTERIN I- MOSSET ITURRASPE - ZANONNI. *Temas de Derecho Civil*. Ediciones Jurídicas Cuyo S. R. L. Mendoza. 1980. Pag. 82.

²⁸⁹ MINYERRSKY, Nelly - LAMBOIS, Susana. "Responsabilidad por Transmisión de enfermedades". En *Obligaciones y Contratos en los albores del siglo XIX. Homenaje al profesor Roberto M. LOPEZ CABANA*.

Como el derecho no debe quedarse en las meras intenciones, sino que debe contemplar las realidades ejecutadas, es menester señalar que en muchos casos es realmente difícil comprobar el contagio sexual²⁹⁰, mucho más difícil es probar la debida información prestada por quienes acceden al acto carnal.

Entonces se advierte que la obligación de informar en el ámbito extramatrimonial es fundamental pero existe una falencia en relación a su comprobación. Así las destacadas juristas MINYERRSKY y LAMBOIS entienden que la prueba del cumplimiento de esta obligación es prácticamente imposible, en tanto se trata de conductas que se desarrollan en la más absoluta intimidad. En este sentido las mencionadas docentes abogan por una inversión en las cargas probatorias sosteniendo que la prueba de haber informado a su pareja del hecho de padecer de una enfermedad infecto-contagiosa de transmisión sexual debe ser soportada por el agente, en consonancia con la teoría de las cargas probatorias dinámicas. Así podrá el demandado probar que quien le reclama la indemnización pertinente conocía de antemano su condición o que lo anotició debidamente por cualquier medio, es decir que el actor se va a encontrar relevado de la carga de probar que no fue informado o que desconocía el riesgo a que se exponía al mantener la relación sexual.²⁹¹

Ob. Cit. Pag. 263.

²⁹⁰ Es sabido que en la mayoría de los casos en donde se configura la causal subjetiva de divorcio del adulterio, los abogados demandan por otra causal subjetiva como son las injurias graves, y ello es así no por la inexistencia del *casus* sino por la dificultad en la prueba.

²⁹¹ MINYERRSKY, Nelly - LAMBOIS, Susana. "Responsabilidad por Transmisión de enfermedades". En *Obligaciones y Contratos en los*

6. Sobre el beneficio probatorio de nuestra propuesta en el ámbito matrimonial.

En lo que llamaríamos el campo matrimonial la situación que se configura es diferente a la de aquellos que transmiten enfermedades en relaciones extramatrimoniales. Ello es lógico que sea así habida cuenta que la institución familiar *tiene una razón de ser* en nuestro ordenamiento jurídico, y esa razón de ser la *distingue* de las uniones de hecho. Es por ello que la ley debe conferirle ciertas protecciones legales y una tutela jurídica

Si hay algo, en este punto, que consideramos va a diferenciar una unión de hecho de una de derecho, va a ser que en esta última existe la obligación de presentar el certificado médico prenupcial obligatorio, lo cual, como ya veremos, va a tener una gravitación muy importante en relación a la prueba.

6.1. Carácter de la obligación de presentar el Certificado médico prenupcial.

Hemos mencionado reiterativamente en este trabajo, que la obligación de presentar el certificado prenupcial a que hacen referencia la ley 12.333 y 16.668 no pesa exclusivamente sobre el Oficial del Registro sino que configura una obligación para los futuros contrayentes²⁹²

La cuestión surge en determinar que carácter tiene esa obligación, si se trata de una obligación de diligencia de prudencia o de medios; o si se trata de una obligación

albores del siglo XIX. Homenaje al profesor Roberto M. LOPEZ CABANA.
Ob. Cit. Pag. 263.

²⁹² Ver *Supra* 1.de este Capítulo.

determinada o de resultado.²⁹³ Siguiendo a los MAZEUD y CHABAS, se puede decir que, si la obligación es determinada, y el resultado no ha sido obtenido se debe probar que la inejecución proviene de una causa que le es extraña.²⁹⁴

En estas obligaciones, con prescindencia de la fuente que la origine, al acreedor le basta con demostrar la existencia de la obligación o el acontecimiento dañoso, para que se presuma la culpa del deudor.²⁹⁵

Si la obligación que pesa sobre el deudor es la de conducirse con prudencia o diligencia, hay que demostrar que el deudor no se ha comportado con la diligencia y prudencia a las cuales está obligado. La prueba de una imprudencia o negligencia del deudor está a cargo del

²⁹³ Esta clasificación nace con DEMOGE y su cabal importancia radica en el campo probatorio, decía el autor que para determinar a quien se impone la carga de la prueba de la culpa, habrá que establecer si la obligación incumplida es de medios o de resultados. En el primer caso se requerirá que sea el acreedor (o más genéricamente la víctima del daño) quien demuestre que el sindicado como responsable ha actuado negligentemente, mientras que en las obligaciones de resultado, la culpa se presume, siendo el obligado quien se hallaría precisado de demostrar su falta de culpa. En cuanto a la esfera de aplicación de dichos criterios, dice DEMOGE que, aún en el campo extracontractual pueden encontrarse supuestos en donde la ley va más allá de ordenar una conducta diligente, y exige un determinado resultado. PICASSO Sebastián. "Obligaciones de medios y de resultados" *Revista de Jurisprudencia Argentina*. Tomo 1996-II. Buenos Aires. 1996. Pag. 716.

²⁹⁴ MAZEAUD. Henri. MAZEAUD, Jean, MAZEAUD León, CHABAS, Francois. *Derecho Civil. Obligaciones*. Tomo I. Traducción de Luis Adorno. Editorial Zavalía. 1997. Pags. 26

²⁹⁵ TRIGO REPRESAS, Felix A., LOPEZ MESA, Marcelo J. *Tratado de la Responsabilidad Civil. El derecho de daños en la actualidad: teoría y práctica*. Tomo II. Ob. Cit. Pag. 751.

acreedor,²⁹⁶ es decir, como explican HERSALIS y MAGRI en las obligaciones de medio se compromete la diligencia y la aptitud para cumplir aquellas medidas que son necesarias para lograr un determinado resultado, pero sin asegurarlo, pues no existe posibilidad de hacerlo²⁹⁷.

Como dicen los Maestros franceses MAZEAUD y CHABAS, el interés práctico de la distinción es capital en el campo de la prueba.²⁹⁸ Es evidente que pesa sobre cada uno de los potenciales esposos la obligación de presentar el correspondiente certificado, configurándose una obligación determinada o de resultado, porque ahora será aquél que ha omitido la presentación quien deba probar un hecho extraño

²⁹⁶ MAZEAUD. Henri. MAZEAUD, Jean, MAZEAUD León, CHABAS, Francois. *Derecho Civil. Obligaciones*. Ob. Cit. Pag. 27.

²⁹⁷ HERSALIS, Marcelo, MAGRI, Eduardo. "Cirugía plástica régimen de la obligación que asume el profesional". *Revista La Ley* 2005-B. Buenos Aires. 2005. Pag. 434.

²⁹⁸ MAZEAUD. Henri. MAZEAUD, Jean, MAZEAUD León, CHABAS, Francois. Ob. Cit. Pag. 27. Si bien este es el criterio prevaleciente durante siglos en el derecho comparado, en especial en la doctrina francesa, cada vez con más fuerza se proyecta una consideración diferente en torno a la cuestión, algunos autores consideran que la distinción infiere exclusivamente en el factor de atribución, subjetivo en las obligaciones de medio y objetivo en las obligaciones de resultado, en este sentido dice el notable Profesor PICASSO, sabido es, que la formulación del distingo entre obligaciones de medios y de resultados desempeñada por Demogé nació precisamente para responder a esa cuestión (carga de la prueba), y así fue trabajada durante mucho tiempo por la doctrina comparada, pese a esta afirmación, el jurista considera que la utilidad del distingo en lo que hace a la distribución de la carga de la prueba resulta ser actualmente escasa, y que su función principal radica, en constituir una verdadera divisoria de aguas en lo que hace al factor de atribución de la responsabilidad aplicable. PICASSO, Sebastián. "La culpa y el incumplimiento en las obligaciones de medios". *Revista La ley*. Tomo 2000-C. Sección Doctrina. Buenos Aires. 2000. Pag. 995/6.

que le impidió cumplir con su obligación.

Como vemos, no existe *aleatoriedad* alguna en relación a la conducta impuesta por la ley que prescribe la mencionada diligencia.²⁹⁹ Esto también tiene relevancia práctica para la transmisión posterior de una enfermedad venérea, pues ante la presencia de este daño en la salud, consideramos que pesa sobre quien omitió el certificado una presunción en su contra que solo puede ser desarticulada demostrando la falta de culpa, la culpa de un tercero, de la víctima o la interrupción del nexo causal que se presume.

6.2. El factor de atribución.

No quiere decir ello que existe un factor de atribución objetivo, por el contrario se trata de una atribución subjetiva sustentada en la idea de culpa o dolo.³⁰⁰

²⁹⁹ En este sentido se ha sostenido como criterio para diferenciar una obligación de medios de una de resultados, que “el parámetro de separación entre una y otra clase es la aleatoriedad del resultado”. TRIGO REPRESAS, Felix A., LOPEZ MESA, Marcelo J. *Tratado de la Responsabilidad Civil. El derecho de daños en la actualidad: teoría y práctica*. Tomo II. Ob. Cit. Pag. 739. Empleando la terminología del Profesor PICASSO, habría aquí una violación a un deber impuesto por la ley, el cual consiste, en este caso, en la presentación del certificado prenupcial a la autoridad competente. PICASSO Sebastián. “Obligaciones de medios y de resultados” Ob. Cit. Pag. 716 (nota al pie).

³⁰⁰ Consideramos valiosas las palabras de PUIG BRUTAU, al comentar un fallo de la magistratura española, el autor sostuvo que este fenómeno (*desplazamiento de la carga de la prueba*) puede advertirse claramente en la sentencia del 10 de Julio de 1043. Aunque reitera que el derecho positivo español no proclama el principio de responsabilidad objetiva o sin culpa, añade que tal principio subjetivista “no excluye que en los casos en que resulta evidente un hecho que por sí solo determine probabilidad de culpa, pueda presumirse esta y cargar el autor del atropello la obligación de

En este sentido coincidimos con DE LA FUENTE, quien sostiene que el solo hecho de que se acrediten las circunstancias objetivas que acreditan el incumplimiento, esto es la disconformidad entre la conducta debida y la obrada, no es suficiente para considerar al deudor culpable de ese incumplimiento, quien siempre puede probar su inculpabilidad a través del “casus”³⁰¹

Por último, nos interesa soslayar que se podría haber llegado a una solución similar en cuanto a los efectos, abogando por el llamado principio de la carga dinámica de la prueba, el cual, al decir de LOPEZ MESA, hace descansar la actividad acreditante de un hecho, en quien se encuentra en mejores condiciones de demostrarlo.³⁰² Sostiene el autor, que consiste llanamente explicada, en imponer el peso de la prueba en cabeza de aquella parte que por su situación se halla en mejores condiciones de acercar prueba a la causa, sin importar si es actor o demandado. La superioridad técnica, la situación de prevalencia o la mejor aptitud probatoria de una de las partes o la índole o complejidad del hecho a acreditar en la litis, generan el traslado de la carga probatoria hacia quien se halla en mejores condiciones de probar.³⁰³

desvirtuar la presunción, mediante demostrar que el autor del hecho causal del daño ha procedido con el debido cuidado y diligencia” PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho Civil. Contratos en Particular, Enriquecimiento Injusto, Responsabilidad Civil. Ob. Cit. Pag. 683.*

³⁰¹ DE LA FUENTE, Horacio, Héctor. “Obligaciones de medio y de resultado. Lo positivo y lo negativo de la clasificación” *Revista La Ley*. Tomo 1990 A. Sec. Doctrina. Buenos Aires. 2000. Pag. 714.

³⁰² LOPEZ MESA, Marcelo.” La doctrina de las cargas probatoria dinámicas. (Su actualidad en la jurisprudencia argentina y española)” *Revista ZEUS, Colección jurisprudencial*. Volumen 76. Ubicación D- 4. Rosario, Enero-Abril, 1998.

³⁰³ LOPEZ MESA, Marcelo.” La doctrina de las cargas probatoria

Como señala PUIG BRUTAU el criterio normal es el de considerar que incumba al actor la carga de probar la culpa del demandado. Por esta prueba puede resultar verdaderamente difícil por cuya razón se manifiesta en este punto una doble tendencia reformadora de la regla general de que la prueba incumbe al actor. El daño se habrá producido en ciertos casos de una manera o en tales circunstancias que lo razonable será presumir la culpa del demandado (*res ipsa loquitur*).³⁰⁴

7. La especialidad en materia matrimonial.

Admitir que en nuestro ordenamiento jurídico vigente existe una imposibilidad de aplicar el régimen de responsabilidad civil en el derecho de familia podría llevarnos, en muchos casos, a resultados indeseados e injustos.

Sin desmedro de la exigencia de ponderar cuidadosamente las distintas situaciones que pudieren presentarse, se ha hecho hincapié en que la relación de familia no puede implicar un valladar inexorable para los reclamos indemnizatorios de quienes, antes bien que integrantes de ella son personas.³⁰⁵

dinámicas. (Su actualidad en la jurisprudencia argentina y española)". Ob. Cit. Pag. D-5. Conf. Cita Cámara de Apel. Neuquén. Sala 1 "Ortuño c/ Panou S.A." PS 1994-III_474/9, Sala I: idem "Gaillard c/ Casa Tía S.A.", PS 1995-1-137/140, Sala I; CS Santa Fé, 8/9/92 "Torres Rosalinoc/ Comuna de Colonia Aldao" DJ 1993-1-1060.

³⁰⁴ PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho Civil. Contratos en Particular, Enriquecimiento Injusto, Responsabilidad Civil*. Ob. Cit. Pag. 681/2.

³⁰⁵ MEDINA, Graciela. *Colaboradores: BOROFFIO, Natalia, GARCÍA SANTAS, Carlos, HOOFT, Irene, WINOGRAD, Carolina. Daños en*

Así, la jurisprudencia refiriéndose especialmente a casos de divorcio, que versan sobre la causal de injurias graves ha admitido, de manera exigua, la aplicación del régimen de responsabilidad.³⁰⁶ Para ello evidentemente, se hizo especial hincapié en la necesidad de que se configuren los presupuestos de la responsabilidad.³⁰⁷

Es evidente, por otro lado, que el inicio indiscriminado de acciones de daños y perjuicios en el ámbito jurídico reservado al derecho de familia podría también traer aparejado resultados no muy óptimos o directamente

el derecho de familia. Editorial Rubinzal - Culzoni. Argentina. Pag. 295.

³⁰⁶ Así se ha dicho que, la ausencia de normas que prevean la indemnización al cónyuge inocente como efecto del divorcio, no puede aducirse para inhibir la indemnización por los actos ilícitos que condujeron a decretarlo, que está regulada en los principios generales de la responsabilidad civil (arts. 1077, 1109, 1078 y concs., Cód. Civil - Adla, XXVIII-B, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, 17/05/1988, L. de P. M. S. c. P. J. C. D., LA LEY 1988-D, 378, con nota de Jorge BUSTAMANTE ALSINA - DJ 1988-2, 11061799-).

Por otro lado la Cámara de Apelaciones Platense sostuvo que, “las pautas que reglan la responsabilidad civil sólo pueden abarcar la conducta de los cónyuges dando lugar a la indemnización de los daños derivados del divorcio cuando aquéllos, más que como cónyuges, se comportan como verdaderos delincuentes en su empeño malicioso, de proyecciones lesivas para el esposo inocente.” Cámara 2a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, sala III, 07/11/1996, A. de U., M. c. U., A. D, DJ 1997-3, 995

³⁰⁷ En este sentido se sostuvo que el cónyuge inocente del divorcio no siempre tendrá derecho a la indemnización reparadora y admitir la posibilidad de responder por los daños y perjuicios derivados del divorcio no implica que éste sea un efecto que necesariamente se ha de producir en todos los casos de divorcio-sanción, sino que sólo cabrá otorgar una indemnización sólo si se dan todos y cada uno de los presupuestos de la responsabilidad extracontractual. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, sala I, 13/05/1998, R. de H., S. c. H., J. C, LLBA 1998, 1435

indeseados.

Ello sin dejar de mencionar que, en el caso que venimos analizando, ya se ha producido un conflicto familiar, al haberse transmitido una enfermedad, y la acción de daños y perjuicios generaría un nuevo problema autónomo que se anexaría.

En este sentido dice WIERZBA que el nuevo drama familiar derivado del inicio de acciones entre sus miembros, se agregará al ya suficientemente grave resultante de la enfermedad. El interés social debiera evitar la aplicación de criterios jurídicos que desalienten y pongan en peligro la familia.³⁰⁸

Aun teniendo en claro estas posiciones, consideramos que en todo el derecho argentino rige el principio en razón del cual *quien causa un daño a otro debe repararlo*, pero dado el carácter *especialísimo* de la institución familiar proponemos que, cada supuesto de aplicación de este principio en el derecho de familia deba estar *expresamente previsto*.³⁰⁹

Así, en los casos en donde el legislador juzgue pertinente esa inclusión (Divorcio por culpa o transmisión de enfermedades venéreas que se sabían contagiosas durante el matrimonio), el régimen de responsabilidad, sería plenamente viable. Ello restringiría los casos de aplicación y evitaría doblar el problema.

8. Responsabilidad de los padres por la transmisión de enfermedades a sus hijos.

Si bien esta cuestión no constituye el objeto especial

³⁰⁸ WIERZBA, Sandra M. *Sida y Responsabilidad Civil*. Editorial AD-HOC. S.R.L. Buenos Aires. 1996. Pag. 121.

³⁰⁹ Ver *Infra Pto. 10, Conclusiones parciales de este Capítulo*.

de análisis del presente trabajo, consideramos necesario hacer mención a este supuesto habida cuenta que el derecho a reclamar una indemnización por transmisión vertical de una enfermedad tiene un claro fundamento axiológico *eugenésico*. Este argumento ético-filosófico que en tiempos pretéritos dio origen al impedimento eugenésico matrimonial contenido en el artículo 13 de la ley de profilaxis que hoy capta nuestra atención, adquiere repercusiones y efectos radicales, tanto que hoy permiten pensar que es viable la reparación de aquel sujeto que desafortunadamente llega a nuestro mundo con una dolencia o defecto en su salud transmitido por los padres.

Para obtener una opinión más acabada sobre el tema, de conformidad con la metodología propuesta en esta investigación, analizaremos los presupuestos de la responsabilidad, para este caso, en forma específica y pormenorizada.

8.1. El Daño.

Parecería a simple vista que la existencia del perjuicio se configura por el solo hecho de la presencia de la enfermedad en la persona que nace.

Empero, sostiene TOBIAS, cuando son los padres los trasmisores de la enfermedad, es el acto generador de la procreación el que debe calificarse de lícito o ilícito, a fin de establecer una eventual responsabilidad. Si ellos, o alguno de ellos, padece de una enfermedad susceptible de ser transmitida, el comportamiento exigible resultaría, en todo caso el de haberse abstenido en ese momento de la concepción y la alternativa inevitable para que ese concebido

no adquiriera la enfermedad es el “no ser”.³¹⁰

Es en esta faceta de la responsabilidad, que este autor encuentra la inaplicabilidad del régimen de responsabilidad en dicho caso, en este sentido sostiene el destacado docente de la Universidad de Buenos Aires, que la inviabilidad de la pretensión resarsitoria, resulta, a nuestro juicio de la inexistencia del daño. Ello no supone sostener la aplicación del principio *compensatio lucri cum danno*, sino solamente entender que se presenta un supuesto de inexistencia de interés jurídico lesionado.

En sentido contrario encontramos la posición de NOVELLINO, quien rebate estos argumentos en los siguientes términos: se dice, en principio, que... la existencia de una persona con una enfermedad vale más (como bien jurídico) que su no existencia.

No existe consistencia alguna con tal fundamentación, cuando de nada o de muy poco, sirve la existencia, si se nace con una enfermedad que le impide a la persona de que se trate, cumplir con su proyecto de vida el que al no poder concretarse por las deficiencias de salud, configura en sí mismo un daño futuro aunque cierto, generalmente continuado o sucesivo, ya que sus consecuencias están siempre presentes en mayor o menor medida, en el desarrollo virtual de ese sujeto.³¹¹

Nos inclinamos por la primigenia opinión, ya que la existencia del daño en este supuesto, implica, como condición necesaria, una modificación o transformación de

³¹⁰ TOBIAS, José W. “Acerca de la viabilidad de la pretensión resarsitoria de hijos contra padres por transmisión de enfermedades”. *Revista La Ley*. Tomo 1992-B Sec. Doctrina. Buenos Aires. 1992. Pag. 831.

³¹¹ NOVELLINO, Norberto J. *Derecho de Daños*. Cuarta Parte. (A). Ediciones La Roca. Buenos Aires. 2000. Pag. 256

un estado de salud previo hacia otro que se encuentre disminuido en relación al anterior, condición que no se configura en el *casus*.

8.2. La Antijuridicidad

Fácilmente se advierte que en los casos de análisis se ponen en juego el derecho a la procreación y la planificación de la propia reproducción, y el derecho a una vida normal y disfrute de la salud del hijo por nacer. Dilema frente al cual hay quienes sostienen que el acogimiento de la responsabilidad de los padres por la transmisión de enfermedades o taras a sus hijos importa una vulneración del derecho a la intimidad y privacidad de los padres, dentro del cual cabría computar el derecho a la procreación con el alcance antes señalado.³¹²

En este sentido se pregunta ZANNONI ¿Dónde situar, en efecto, la antijuridicidad del acto procreador de los padres? Si fuese ilícito el coito de quienes pueden transmitir al futuro hijo taras genéticas o enfermedades infecciosas o hereditarias, al menos el coito fecundante, diríamos, se seguirá de ello que el Estado a través de una ley lo debería impedir.³¹³

Desde esta perspectiva, es evidente que no puede

³¹² Sobre el particular ZANNONI se pronuncia por la inexistencia de un accionar antijurídico por parte de éstos. Su opinión compartida por otros autores como TOBIAS, SAUX, FERRER, MOSQUERA VÁZQUEZ, entre otros. MEDINA, Graciela. *Daños en el derecho de familia. Ob. Cit. Pag. 307.*

³¹³ ZANNONI, Eduardo A. "Tutela de la persona por nacer y responsabilidad civil. (Con referencia a la manipulación genética y fertilización asistida)". En TRIGO REPRESAS, Félix A. STIGLITZ, Rubén S. *Derecho de Daños*. Ediciones La Roca. Buenos Aires. 1989. Pag. 628.

configurarse un obrar antijurídico, porque no existe una norma legal que prohíba la procreación de quienes padecen de una enfermedad transmisible.

Este argumento es correcto porque si tomamos el caso de dos sujetos uno de los cuales se encuentra infectado de un mal transmisible, y por su unión sexual en relaciones extramatrimoniales o matrimoniales conciben descendencia enferma, no existe en el derecho argentino disposición alguna que sancione dicha conducta.

En el caso que la situación se configure dentro de la institución matrimonial, se podría argumentar, en sentido contrario al expuesto, que si bien la ley de profilaxis no establece, para los contrayentes la prohibición de gestar descendencia enferma cuando el cónyuge advierte por medio de los certificados prenupciales obligatorios la existencia de un mal transmisible, no debemos olvidar que la finalidad perseguida por dicha ley es justamente esa: *evitar la transmisión de enfermedades a las generaciones venideras*.³¹⁴ Desde esta perspectiva, cabría pensar, que el actuar antijurídico existe. De todas maneras, aún cuando este análisis no resultaría improvisado, nos convence más pensar que ello no surge *claramente de la ley*, si bien nos pronunciamos en contra del “juez prisionero de la ley”, de “la boca que repite las palabras de la ley”³¹⁵, entendemos que

³¹⁴ Ello podría pensarse así, solo si nos encuadráramos dentro de la llamada escuela histórica de SAVIGNY, en donde el intérprete debe tomar en cuenta “*el momento en que la ley fue dictada y qué objetivos se consiguieron con su vigencia.*” ROIBARG, Marcelo R. *Cuadernos de Derecho Civil. Parte General*. Editorial aZ. Buenos Aires. 1999. Pag. 23.

³¹⁵ LOPEZ MESA, Marcelo J. “El juez y la interpretación de la ley. (Del señorío romano al vasallaje exegético y algo más allá)”. *Revista El Derecho*. Tomo 170. Pag. 1018. Explica este autor, refiriéndose a la

aseverar lo contrario implicaría forzar demasiado la interpretación³¹⁶, por ello nos inclinamos por la posición del Profesor ZANNONI.

El argumento opuesto es desarrollado, entre otros, por Graciela MEDINA, quien sostiene el concepto de paternidad responsable, negándose la irresponsabilidad en el ámbito sexual de los individuos. Se afirma así la obligación de asumir las consecuencias derivadas de la relación sexual, en miras al grave daño ocasionado al ser humano naciente. Es que, aun admitiendo que los padres tienen derecho a realizar la conducta dañosa- esto es, la relación procreacional-, al igual que en otros supuestos, la responsabilidad propiciada por la transmisión de enfermedades válidamente puede emerger de un actuar lícito, en razón de la injusticia del daño inferido.³¹⁷

Nos atrevemos a disentir con la autorizada opinión porque, como sostuvimos oportunamente, no existe una disposición legal expresa que contemple este supuesto, pero además por un aspecto ético: la posición contraria conlleva implícitamente peligrosos argumentos eugenésicos que el derecho debería desterrar.³¹⁸

interpretación de la ley, que no puede prescindirse del hecho de que la ley es la base de todo el sistema, pero tampoco de que la justicia consiste en hallar la solución a los problemas concretos que se someten a juicio. Pero en el supuesto que nos ocupa esta correcta aseveración no tendría cabida, porque entendemos que no se trata de un problema de *interpretación* propiamente dicha, sino de una "*laguna jurídica*".

³¹⁶ Aunque como mencionamos en la nota anterior ni siquiera creemos que exista posibilidad de interpretación, lo que persiste aquí es la existencia de un vacío legal.

³¹⁷ MEDINA, Graciela. *Daños en el derecho de familia*. Ob. Cit. Pag. 307.

³¹⁸ Esta cuestión no es menor y ha sido advertida por ZANNONI, quien expresa, nosotros respondemos en cambio que si el derecho hoy,

8.3. La relación de causalidad

Explica NOVELLINO, que la peculiaridad de este asunto descansa en que no existe un estado de salud previo que se modifica en forma desfavorable mediante una acción externa, sino que la acción generadora de la enfermedad queda identificada con la misma que le ha dado vida a ese hijo nacido.³¹⁹

Evidentemente parece que no existe causalidad alguna, pero consideramos que ello es así porque en realidad no hay daño, es decir no se produce un menoscabo en la salud porque no existe un estado previo más favorable.

Aún cuando se trate de una diferenciación más académica que práctica, para nosotros la inviabilidad de la pretensión resarsitoria resulta de la inexistencia del daño y de la antijuridicidad.³²⁰

resiste toda idea de impedir o restringir las relaciones sexuales por respeto a la privacidad, a la libre determinación de todo ser humano, no puede derivar responsabilidad civil resarsitoria de su consecuencia: engendrar un hijo, aunque este nazca con taras o enfermedades hereditarias. Hacerlo atribuyendo riesgo a las relaciones sexuales que pudiesen mantener quienes son portadores o transmisores de afecciones genéticas, constituiría un avance hacia formas de eugenesia, formas indirectas si se quiere, susceptibles de las más impensados abusos. La ley no puede operar más que con medios persuasivos. ZANNONI, Eduardo A. "Tutela de la persona por nacer y responsabilidad civil. (Con referencia a la manipulación genética y fertilización asistida)". En TRIGO REPRESAS, Félix A. STIGLITZ, Rubén S. "*Derecho de Daños*". Ob. Cit. Pags. 628/9.

³¹⁹ NOVELLINO, Norberto J. "*Derecho de Daños*". Ob. Cit. Pag. 249.

³²⁰ TOBIAS, José W. "Acerca de la viabilidad de la pretensión resarsitoria de hijos contra padres por transmisión de enfermedades". Ob. Cit. Pag. 833.

8.4. Los Factores de atribución: el dolo y la culpa.

Quien actúa dolosamente en forma intencional es responsable plenamente por ese accionar, la cuestión amerita un análisis más acabado en el campo de la culpa.

Si partimos de la base que la culpa existe cuando las consecuencias dañosas de la conducta de una persona hubieran podido ser previstas por una persona de prudencia común, o cuando previstas, el agente las desechó por improbables.³²¹ Nos preguntamos: ¿Se podría hacer culpable a un sujeto de realizar la única acción humana que nos asimila a Dios, como es la creación de una vida, solo porque ella sea eventualmente defectuosa?

Entendemos que podrían configurarse situaciones dolosas o culposas desde esta perspectiva, aunque profesamos enormes dudas en cuanto a la reprochabilidad de la conducta.

De todas maneras, fiel a nuestra postura, sería necesario analizar por último la cuestión del *carácter especial* de la institución matrimonial, en este sentido coincidimos con TOBIAS, quien sostiene que, aún si se estimaran, por lo tanto, que en la situación se cumplimentan los presupuestos de la responsabilidad civil, se deberá todavía correlacionar las reglas generales del sistema con los principios propios de las relaciones familiares y los sentimientos de justicia de la comunidad, a fin de establecer si no es esta una hipótesis que corresponde dar primacía a estos últimos.

8.5. Nuestra posición sobre el tema.

³²¹ SALAS, Acdeel Ernesto. *Código Civil Comentado y leyes complementarias anotadas*. 2° edición. Tomo I. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1971. Pag. 579.

Es fácil advertir que aquello que empezó como una rareza jurisprudencial, allá por 1950 cuando un tribunal de Piacenza, Italia, condenó al padre de una menor a indemnizar a la misma habida cuenta que este le transmitió una enfermedad sexual a su madre (Sífilis) la cual trajo complicaciones a la menor luego de nacer, hoy ya es una tendencia en muchos países de occidente.³²²

Nosotros hemos esbozado en otras publicaciones nuestra opinión sobre el tema, en este sentido, nos inclinamos por pensar que en relación al estado actual del ordenamiento jurídico, no hay acto ilícito, y por otro lado, conforme las razones oportunamente expuestas, tampoco existe daño alguno.³²³

Es por ello que compartimos la posición de ZANNONI, cuando enseña que sin perjuicio de los medios persuasivos que la política sanitaria emplee para evitar que se transmitan enfermedades por vía hereditaria, es forzoso concluir que el acto procreador de los padres no es nunca un acto ilícito, con lo que a la postre, el Tribunal de Piacenza sancionó civilmente a aquéllos fundando una responsabilidad en un hecho lícito.³²⁴

³²² En EEUU, si bien en un primer momento la jurisprudencia fue reacia a aplicar responsabilidad a los padres en estos casos, poco a poco esa posición fue atemperándose y en la actualidad son numerosos los fallos que han contemplado estos supuestos, principalmente en relación a padres alcohólicos, drogadictos o con HIV.

³²³ JALIL, Julián Emil. “Responsabilidad de los padres por enfermedades transmitidas a sus hijos”. En *Anuario de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UAI*. Editorial La Cátedra jurídica. Buenos Aires. Pag. 213 y sgts.

³²⁴ ZANNONI, Eduardo A. “Tutela de la persona por nacer y responsabilidad civil. (Con referencia a la manipulación genética y fertilización asistida)”. En TRIGO REPRESAS, Félix A. STIGLITZ, Rubén

9. Conclusiones parciales.

Los certificados médicos prenupciales tuvieron al momento de su inclusión legislativa una finalidad protectoria. En muchos casos, esta finalidad se desnaturalizó. Es decir, los certificados no se presentaron al Registro conforme lo establece la normativa vigente. Ello pudo haber ocurrido por diferentes razones: por la omisión involuntaria del Oficial del Registro, por omisión voluntaria basada en amiguismo o aceleración de los trámites, o por la adulteración de los certificados por los mismos contrayentes.

Desde el plano jurídico se plantea la duda en relación a saber, si el contagio de un cónyuge a otro de una enfermedad venérea puede traer aparejada responsabilidad, teniendo en cuenta que la ley 12331 y la 16668 establecen la exigencia de presentar un certificado prenupcial obligatorio donde conste el estado de salud (especialmente si se padece de una enfermedad venérea).

Como ha sido exteriorizado en esta investigación, consideramos que la obligación de presentar esos certificados es una *obligación de resultado* para ambos cónyuges cuyo principal efecto sobre el tema consiste *en la inversión de las cargas probatorias* ante la presencia de una enfermedad posterior al matrimonio.

De esta manera, pesa sobre el cónyuge que no ha presentado el correspondiente certificado, la carga de probar su inocencia. Es decir, si trasmite una enfermedad venérea debería probar que de su parte no hubo culpa, o la culpa de un tercero, o un suceso externo por el cual no deba responder.³²⁵

³²⁵ *Que no hubo culpa*: por ejemplo en el caso donde la enfermedad fue adquirida por vía no sexual, podría ser por la sangre

Por otro lado, y desde una perspectiva simplista,³²⁶ no habría inconvenientes de atribuir responsabilidad a quien ha alterado el estado de salud del otro cónyuge, por haber transmitido una enfermedad venérea.

Pero la cuestión no es tan sencilla, es sabido que la institución familiar es de *características particularísimas*. Todos los presupuestos de responsabilidad serían aplicables

ante una transfusión.

La culpa de un tercero: en el caso que el examen médico haya sido mal hecho o existiera un error o defecto de diagnóstico, y con posterioridad a que el mal haya sido contagiado adrede por un tercero.

Un suceso externo por el cual no se deba responder: puede ocurrir que la enfermedad venérea transmitida provenga de un factor completamente externo al accionar de quien la trasmite. Por ejemplo aún cuando en la actualidad está desvirtuada esta concepción, durante mucho tiempo se investigó sobre la posibilidad de que el HIV se transmita por las picaduras de mosquitos. Este sería un claro supuesto que podría destruir el nexo de causalidad.

Por ultimo *la culpa de la víctima* (cónyuge), curando esta contrajo la enfermedad con un tercero, caso en el cual, como dice JOSSERAND, desaparece completa o parcialmente la relación de causalidad, de suerte que la responsabilidad del demandado queda descartada o atenuada. JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil. Teoría General de la Obligaciones*. Ob. Cit. Pag. 338. De configurarse esta última situación, probada que fuera, padeciendo ambos cónyuges de la enfermedad venérea podría darse la paradójica situación de la inversión en la legitimación procesal activa para reclamar por el daño acaecido por parte del cónyuge inocente.

³²⁶ Nos enseña LOPEZ MESA que “En el derecho la extrema simplicidad es la manifestación suprema del arte”... pero, como sostiene el autor, obviamente debe distinguirse entre la simplicidad y el simplismo, correlato disvalioso de ésta. LOPEZ MESA, Marcelo J. “La doctrina de las cargas probatorias dinámicas. (Su actualidad en la jurisprudencia argentina y española)”. Ob. Cit., Pag. D-1, Nota al pie. La primera frase es extraída por este autor de Lisandro SEGOVIA, con cita de IHERING, en *Código Civil argentino anotado*. Félix Lajouane editor. Buenos Aires 1894, Pag. 1.

al caso pero se toparía con la barrera del *régimen de especialidad* que rige la materia.

Hemos sostenido en alguna publicación, junto a los autores HERSALIS y MAGRI, que en el derecho se construyen teorías que explican la realidad en su vasta variedad de conflictos de intereses, y dan cuenta de las diversas soluciones aplicables a dichos conflictos, las teorías estructuran ideas para explicar el universo, cuyo principal atributo, como nadie lo ignora, es la complejidad.³²⁷ Así, ensayando una explicación teórica que no niega la complejidad del asunto, podemos decir que históricamente la responsabilidad civil de nuestro Código se desdoblaba en dos, aquella que era de aplicación a las relaciones civiles en general y aquella que nunca podría aplicarse a la institución civil del matrimonio o que solo se aplicaría en circunstancias muy especiales.

El análisis histórico esbozado al principio de este trabajo no es caprichoso ni casual, la responsabilidad civil entra en una etapa de revisión, se observa una mayor consideración y reconocimiento de los derechos de los débiles jurídicos,³²⁸ por ello consideramos que las normas en esta materia se encuentran en un momento evolutivo, de transición, transformación y cambio.

Hoy en día, se entiende mayoritariamente que la negativa a toda posibilidad de aplicar los criterios propios de la responsabilidad civil dentro del ámbito familiar, que fuera

³²⁷ HERSALIS, Marcelo, MAGRI, Eduardo, JALIL, Julián. “Los factores de atribución en la responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos menores. En *Revista La Ley Buenos Aires*. Año 12, Número 10, Noviembre de 2005. Buenos Aires. 2005. Pag. 1186.

³²⁸ GARRIDO CORDOBERA, Lidia R. “Algunas reflexiones en torno a la responsabilidad” *Revista de Jurisprudencia Argentina*. Tomo 1990-III. Buenos Aires. 1990. Pag. 189

sostenida en otros tiempos, resiente la justicia y conduce no solo a la impunidad del autor del daño sino a una inocua falta de tutela jurídica para el damnificado. Paulatinamente los criterios de antaño se han ido modificando, llegándose a afirmar que el daño ocasionado por un miembro de la familia a otro, lejos de merecer una situación privilegiada, deber constituir un agravante.³²⁹

Pero como profesaba PETER BAMB lo que importa verdaderamente en la vida no son los objetivos que nos marcamos sino los caminos que seguimos para lograrlo, así, al existir un régimen de *especialidad* en la materia, entendemos que esto solamente es posible mediante *una norma expresa que remita a dichos principios generales*.

En este sentido hay que tener una visión de abstracción, como decía BORGES “*la única forma de salir de un laberinto es verlo de arriba*”, y verlo desde lo alto significa, en este puntual caso, incorporar en la parte pertinente a la materia matrimonial (art. 187 inciso 4 del CC, según ley 23.515) la obligatoriedad de la presentación al Registro de los certificados médicos prenupciales donde conste la ausencia de cualquier enfermedad de transmisión venérea “*incluso el SIDA*”, y su consecuencia ante la transgresión, que sería la aplicación del régimen de responsabilidad civil previsto en el Código.³³⁰

³²⁹ MEDINA, Graciela. *Daños en el derecho de familia*. Ob. Cit. Pag. 294/5. En igual sentido ver MAKIANICH DE BASSET, Lidia N. *Familia y responsabilidad civil*, en E D 139-845 y MOSSET ITURRASPE en *Los daños emergentes del divorcio*.

³³⁰ Ello requerirá de una posterior presentación en un tiempo que supere los tres meses, para evitar el desconocimiento de la enfermedad por encontrarnos en el llamado “*período de ventana*”, en donde la enfermedad además de asintomática, no se exterioriza en los análisis correspondientes.

Por ello proponemos que, en el inciso reformado, se incorpore la siguiente prescripción: *El cónyuge que transmitiese una enfermedad venérea a otro quedará sujeto a las normas referentes a la responsabilidad civil de este Código.*³³¹

El factor de atribución sería en este caso subjetivo, basado en la idea de culpa (en su acepción amplia), teniendo en cuenta el equilibrio natural y necesario entre el libre albedrío como sinónimo de la libertad y el perjuicio como fuente de responsabilidad.³³²

³³¹ Esto guardaría coherencia con el despacho de la Comisión 1 en las *Jornadas de Derecho Civil Familia y Sucesiones* celebradas en Santa fé, en homenaje a la doctora María Josefa MÉNDEZ COSTAS donde se sostuvo que para aplicar la responsabilidad civil en el derecho de familia se deben tener en cuenta los intereses superiores en la constitución de una familia y en su estabilidad y en el sentimiento de justicia de la comunidad. Este clamor doctrinario avalado por prestigiosos docentes no hace más que abogar por una cautela y una seguridad jurídica en la aplicación del régimen de responsabilidad a la institución matrimonial. Dicho en términos coloquiales se pregonaba la no aplicación desmedida o discrecional de dicho régimen por los resultados disvaliosos que ello conlleva. Pues entendemos siguiendo nuestra posición que si en cada caso puntual una norma permite dicha aplicación, el espíritu del despacho mayoritario de la Comisión sería cumplido con creces.

³³² En este sentido, LÓPEZ MESA siguiendo a los autores franceses LE TORNEAU y CADIET, señala que "...la responsabilidad subjetiva se funda sobre una visión humanística de la sociedad, hija de una evolución milenaria, donde cada agente, animado por la razón, juez de su libre albedrío (y de su conciencia), es amo de su destino; todo miembro de la humanidad entiende actuar libremente, en conciencia, pero acepta responder por las consecuencias de sus actos, para restablecer el equilibrio que ellos han destruido la verdadera responsabilidad es siempre del orden de la justicia conmutativa. Libertad y responsabilidad son siempre dos conceptos complementarios e indisociables, lo mismo que conciencia y responsabilidad...La

Estas reformas serían propicias y ventajosas en la materia, ya que en la actualidad al cónyuge inocente solo le queda iniciar una acción de nulidad cuya principal consecuencia, sería dejar sin efecto el vínculo. Aunque por aplicación del artículo 1065 del CC podrían aplicarse los efectos de los hechos ilícitos, consideramos que la solución sería inocua en cuanto a la naturaleza del hecho y no encontraría una coherencia legal con el *régimen especial* que recubre a la institución matrimonial. Sabemos que no resolvería el problema una indemnización pecuniaria deviniente de una acción de daños y perjuicios por configurarse un supuesto de responsabilidad civil, pero consideramos que sería más apropiada para el caso, ya que de todas maneras se ha producido una frustración y como dice LE TORNEAU, de toda frustración deviene perjuicio que clama por un responsable.³³³

Por último, fue imposible evitar referirnos a la cuestión en torno a la responsabilidad de los padres por transmisión hereditaria de enfermedades, como mencionamos oportunamente nos inclinamos por la postura más radical de repudio al resarcimiento de dichos supuestos.

responsabilidad supone conciencia y libertad...” LOPEZ MESA, Marcelo J. “La culpa como factor de atribución de la responsabilidad (Cénit o caso y resurgimiento de la culpa)”. *Anuario Da Facultade de Derito Da Universidad Da Coruña*. Madrid. 10-2006. Pag. 652.

³³³ LE TORNEAU, Philippe. *La Responsabilidad Civil. Ob. Cit.* Pag. 73. Este perjuicio, como se vió en la parte pertinente de este trabajo, no se agota en los daños patrimoniales sino que impregna profundamente las justas susceptibilidades morales del damnificado. Es por ello que incorporamos, al principio de este trabajo, la gran frase de LE TORNEAU, porque consideramos que con ella, el gran maestro francés, resumía fácticamente el sentimiento más profundo que experimenta quien contrae una enfermedad venérea, máxime si esa enfermedad es el “*sida*”.

Consideramos que existe una falta de articulación normativa para admitir el resarcimiento judicial ante un caso de esta naturaleza, la cual se encuentra dada, como sostuvimos en su oportunidad,³³⁴ por *la falta del daño, y de la antijuridicidad*, además de reñirse con el régimen de *especialidad del derecho de familia*.

Pero la cuestión que más nos alerta con respecto al tema tiene vuelo propio, y ha sido exteriorizada con candente brillantez por la pluma del profesor TOBIAS, quien se preguntaba retóricamente si no subyace en el fondo de la tesis de la resarcibilidad un preocupante, y desde luego no pensado ni querido, enfoque eugenésico, que conduce a imponer el deber de no concebir hijos que puedan nacer con determinadas y numerosas enfermedades ¿No supone el indicado enfoque un sobredimensionado juicio de valor humano acerca de los misteriosos e inescrutables, al menos para nosotros, designios que cada vida, aún la más precaria, reviste en el mundo? Lo que si parece más seguro es que la humanidad no hubiera podido gozar de la música de Beethoven.³³⁵

³³⁴ Ver *Supra* Ptos. 8.1, 8.2 y 8.5.

³³⁵ TOBIAS, José W. "Acerca de la viabilidad de la pretensión resarcitoria de hijos contra padres por transmisión de enfermedades". Ob. Cit. Pag. 833.

10. Bibliografía del Capítulo.

ALTERINI, Atilio Aníbal. AMEAL, José Oscar, LOPEZ CABANA, Roberto M. *Curso de la Obligaciones*. Tomo I. Cuarta edición. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1993.

BELLUSCIO, Augusto C., ZANNONI, Eduardo A. *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*. Tomo 5. Autores: CARDENAS, Eduardo J., KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, LAVALLE COBO, Jorge E., SMITH, Juan C. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1984.

BREBBIA, Roberto H. "Vigencia y jerarquía de la responsabilidad civil por culpa en el derecho positivo argentino". *Revista La Ley*. Tomo 1990-B Sección Doctrina. Buenos Aires.

BREBBIA, Roberto. "*Hechos y actos jurídicos. Comentario de los artículos 896 a 943 del Código Civil*". Doctrina y Jurisprudencia. Tomo I. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1979.

BUERES, Alberto J (Director). HIGHTON, Elena I. (Coordinadota). *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial. Tomo de Obligaciones*. 3 A. Editorial Hammurabi. Buenos Aires. 1999.

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Editorial Abeledo- Perrot. Séptima edición. Buenos Aires. 1992.

CAZEAUX - BREBBIA - ALTERINI - MOSSET ITURRASPE - ZANNONI. *Temas de Derecho Civil*. Ediciones 269

Jurídicas Cuyo S. R. L. Mendoza. Argentina. 1980.

CASIELLO, Juan José. “El principio de la responsabilidad por culpa en el Código Civil de Vélez Sarfield”. *Revista La Ley*. Tomo 1986-B. Sección Doctrina. Pag. (726/31)

DE CUPIS, Adriano. *El Daño. Teoría General de la Responsabilidad*. Traducción de Ángel Martínez Sarrión. Editorial Bosch S. A. Barcelona. 1975.

DE LA FUENTE, Horacio, Héctor. “Obligaciones de medio y de resultado. Lo positivo y lo negativo de la clasificación” *Revista La Ley*. Tomo 1990 A. Sec. Doctrina. 712/720.

DE LORENZO, Federico. *El daño injusto en la responsabilidad Civil*. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1996.

GARRIDO CORDOBERA, Lidia R. *Revista de Jurisprudencia Argentina*. Algunas reflexiones en torno a la responsabilidad. Tomo 1990-III. Pag. (188-191)

GHERSI, Carlos Alberto. *Contratos Civiles y Comerciales. Parte general y especial*. Editorial Astrea. Tomo I. Tercera edición. Buenos Aires. 1994.

HERSALIS, Marcelo, MAGRI, Eduardo, JALIL, Julián. “Los factores de atribución en la responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos menores. En *Revista La Ley Buenos Aires*. Año 12, Número 10, Noviembre de 2005. Pags. 1175/1201.

HERSALIS, Marcelo, MAGRI, Eduardo. “Cirugía plástica régimen de la obligación que asume el profesional”. *Revista La Ley* 2005-B. Pags. 431/438.

HERSALIS, Marcelo, SICA, Josefina. “Consentimiento Informado. Figura de extrema actualidad y utilidad”. *Diario la Ley*. 4 de Agosto de 2005. Pags. 4/6.

HESALIS, Marcelo, SICA, Josefina, MAGRI, Eduardo. “La Causalidad y la imputabilidad con especial referencia a la historia clínica”. En *Diario La Ley* del 16 de Diciembre de 2004. pags. 5/7.

JALIL, Julián Emil. “Responsabilidad de los padres por enfermedades transmitidas a sus hijos”. En *Anuario de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UAI*. Editorial La Cátedra Jurídica. Buenos Aires. 2007. Pags. 205/214.

JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil. Teoría General de la Obligaciones*. Revisado y completado por André BRUN. Tomo II. Volumen I. Traducción de Santiago Cunchillos y Manterota. Ediciones Jurídicas Europa – América. Bosch y Cia. Editores. Buenos Aires. 1950.

LE TORNEAU, Philippe. *La Responsabilidad Civil*. Traducción de Javier Tamayo Jaramillo. Editorial Legis. Bogotá. 2004.

LLAMBIAS, Jorge Joaquín. *Código Civil Anotado. Doctrina-Jurisprudencia. Hechos y Actos Jurídicos. Actos Ilícitos*. Colaboración de RAFFO BENEGAS, Patricio J. Tomo II-B. Editorial Abeledo - Perrot. Buenos Aires. 2002.

LOPEZ MESA, Marcelo J. “El juez y la interpretación de la ley. (Del señorío romano al vasallaje exegético y algo más allá)”. *Revista El Derecho*. Tomo 170. Buenos Aires. 1997. Pags. 1004/19.

LOPEZ MESA, Marcelo J. “La culpa como factor de atribución de la responsabilidad (Cénit ocaso y resurgimiento de la culpa)”. *Anuario Da Facultade de Derito Da Universidad Da Coruña*. Madrid. 10-2006. (641/673).

LOPEZ MESA, Marcelo. *Curso de las Obligaciones*. Tomo III. Editorial Depalma. Buenos Aires. 2002.

LOPEZ MESA, Marcelo. “El hombre y su circunstancia (De nuevo sobre el artículo 902 y conos. CC.)”. *En Revista de Jurisprudencia Argentina*. Tomo 1998-I. Buenos Aires. 1998. Pags. 753/773.

LOPEZ MESA, Marcelo.” La doctrina de las cargas probatoria dinámicas. (Su actualidad en la jurisprudencia argentina y española)” *Revista ZEUS, Colección jurisprudencial*. Volumen 76. Rosario, Enero-Abril, 1998. Paginas 1/6

MAYO, Jorge. “La relación de causalidad como requisito de la responsabilidad civil en la reciente jurisprudencia de la Corte de Casación Francesa. ¿Va retorno a los orígenes de la teoría?”. *En Revista de Responsabilidad Civil y Seguros. La Ley.*, Volumen 2003. Buenos Aires, 2003. Pag. 943/949.

MAYO, Jorge. “El ámbito de la culpa en el derecho de

las obligaciones”. En *Revista de Derecho Privado*. AMEAL, Oscar (Director) GESUALDI, Dora Mariana (Coordiadora). Editorial Hammurabi. Buenos Aires. Pags. 1286/1290.

MAZEAUD, Henri y León. TUNC, André. *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*. Tomo I. Volumen I. Quinta edición. Traducción Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1961.

MAZEAUD. Henri. MAZEAUD, Jean, MAZEAUD León, CHABAS, Francois. *Derecho Civil. Obligaciones*. Tomo I. Traducción de Luis Adorno. Editorial Zavalia. 1997.

MEDINA, Graciela. *Daños en el derecho de familia*. Colaboradores: BOROFFIO, Natalia, GARCÍA SANTAS, Carlos, HOOFT, Irene, WINOGRAD, Carolina. Editorial Rubinzal Culzoni. Buenos Aires. 2002.

MINYERRSKY, Nelly - LAMBOIS, Susana. “Responsabilidad por Transmisión de enfermedades”. En *Obligaciones y Contratos en los albores del siglo XIX. Homenaje al profesor Roberto M. LOPEZ CABANA*. AMEAL, Oscar (Director), J. y TANZY, Silvia (Cordinadora) Abeledo - Perrot. Buenos Aires. 2001.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Responsabilidad por daños. Parte General*. Tomo I. Editorial Ediar S. A. Argentina. 1971.

NOVELLINO, Norberto J. *Derecho de Daños*. Cuarta Parte. (A). Ediciones La Roca. Buenos Aires. 2000. Pag. 249

PICASSO Sebastián. “¿Hacia una ampliación de la noción de dolo delictual en el derecho civil?” *Revista La Ley* Tomo 2004-D. Buenos Aires. 2004. Pags. 651/655.

PICASSO, Sebastián. “La culpa y el incumplimiento en las obligaciones de medios”. *Revista La ley*. Tomo 2000-C. Sección Doctrina. Buenos Aires. 2000. Pag. 991/1006

PICASSO Sebastián. “Obligaciones de medios y de resultados” *Revista de Jurisprudencia Argentina*. Tomo 1996-II. Buenos Aires. 1996. Pags. 713/732.

PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho Civil Contratos en Particular, Enriquecimiento Injusto, Responsabilidad Civil*. Tomo II. Volumen II. Editorial Bosch. Barcelona. 1956.

PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de Derecho Civil Español*. Tomo IV. Obligaciones y Contratos. Vol. II. 2º Edición. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1957.

RIPERT, Georges. BOULANGER, Jean. *Tratado de Derecho Civil. Según el tratado de Planiol*. Tomo V. Obligaciones. Segunda Parte. Editorial La Ley. Buenos Aires. 1963.

RIVERA, Julio Cesar. MEDINA, Graciela. (Directores). *Código Civil Comentado. Hechos y Actos Jurídicos*. Editorial Rubinzal - Culzoni. Buenos Aires. 2005.

ROITBARG, Marcelo R. *Cuadernos de Derecho Civil. Parte General*. Editorial aZ. Buenos Aires. Argentina. 1999.

SAENZ, Luis R. J. “Los límites al resarcimiento por pérdida de chance en la responsabilidad civil médica” *Revista la Ley*. Tomo 2004-F. Buenos Aires. 2004. Pag. 1006/1010.

SAGARNA, Fernando. “La responsabilidad Civil en el último año del Siglo XX.” *Revista La Ley*. Sección Doctrina. 2000-D. Buenos Aires. 2000. Pag. 1000/2.

SANTOS BRIZ, Jaime. *Derecho de Daños*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. S/D.

SANTOS BRIZ, Jaime. *La responsabilidad Civil. Derecho sustantivo y derecho procesal*. Editorial Montecorvo S. A. Segunda edición. Madrid. 1962.

SANTOS CIFUENTES, SAGARNA, Fernando Alfredo. *Código Civil. Comentado y Anotado*. Editorial La Ley. Buenos Aires. 2006.

TOBIAS, José W. “Acerca de la viabilidad de la pretensión resarsitoria de hijos contra padres por transmisión de enfermedades”. *Revista La Ley*. Tomo 1992-B Sec. Doctrina. Buenos Aires. 1992. Pags. 824/833.

TRIGO REPRESAS, Felix A., LOPEZ MESA, Marcelo J. *Tratado de la Responsabilidad Civil. El derecho de daños en la actualidad: teoría y práctica*. Tomo I. Editorial La Ley. Buenos Aires. 2004.

WIERZBA, Sandra M. *Sida y Responsabilidad Civil*. Editorial AD-HOC. S.R.L. Buenos Aires. 1996.

ZANNONI, Eduardo A. "Tutela de la persona por nacer y responsabilidad civil. (Con referencia a la manipulación genética y fertilización asistida)". En TRIGO REPRESAS, Felix A. STIGLITZ, Rubén S. *Derecho de Daños*. Ediciones La Roca. Buenos Aires. 1989.

1. La jerarquía del derecho matrimonial.

El derecho a contraer matrimonio además de ser un derecho natural del hombre, tiene en nuestro sistema jurídico jerarquía constitucional; aunque no se encuentra específicamente establecido en la Carta Magna³³⁶, surge de normas del derecho internacional, las cuales le dan gran trascendencia a la familia en cuanto a su protección jurídica.

Además se desprende también del artículo 19 de la CN, y en especial, como dijimos precedentemente, de numerosos pactos internacionales con jerarquía constitucional³³⁷, es decir, el derecho que nos ocupa no es sólo una herramienta fundamental desde la perspectiva *social y comunitaria* sino que goza de una *relevante importancia normativa* desde el

³³⁶ Ya de antaño, la reforma constitucional de 1949 había incorporado los llamados doctrinariamente derechos sociales. El mismo texto constitucional (artículo 37, II) declaraba enfáticamente la protección que el Estado le acuerda a la familia como núcleo *primario y fundamental de la sociedad* exigiendo que se reconozcan sus derechos *en lo que respecta a la constitución, defensa y cumplimiento de sus fines*, todo ello estaba reafirmado al establecer que *el Estado protege al matrimonio*.

Si bien esta Constitución fue derogada tiempo más tarde, consideramos que actualmente se encuentra vigente algunos de los principios por ella sustentados y principalmente *el derecho constitucional a contraer matrimonio*, ya que, en forma indirecta el artículo 20 de la Constitución Nacional se refiere a este al otorgarle al extranjero *la facultad de casarse conforme a sus leyes*. De esta manera, existiendo entre nacionales y extranjeros igualdad de status civil, la facultad bajo análisis debe ser considerada como propia de todos los habitantes del país.

³³⁷ Sobre ello hizo hincapié el único fallo que se conoce sobre el tema de análisis, el cual fu esgrimido por un juzgado de Mar del Plata conforme lo hemos reseñado durante el transcurso de esta investigación. *Ver Supra del capítulo V, Pto 7 de este Trabajo.*

punto de vista de su jerarquía.

2. La Eugenesia y el Derecho.

Advertimos que, conforme al estado de los conocimientos científicos de la medicina, no es posible consignar en los ordenamientos jurídicos una disposición tan genérica como la contenida en el artículo 13 de la ley 12.331 sustentado en un argumento eugenésico.

La falta de certeza de las ciencias médicas sobre este tema ha quedado plasmado en la diversidad de enfermedades que, a lo largo del tiempo y con fundamento en la Eugenesia, las distintas legislaciones han incluido como comprendidas en el impedimento matrimonial.

3. Exclusión del impedimento de enfermedad. (Art. 1 del Anteproyecto)

El artículo 13 es moderado en comparación a las leyes de la época de su creación, ya que con acierto, no incluye a las enfermedades que tienen potencialidad hereditaria (como el cáncer, epilepsias, sorderas, locura),³³⁸ pero sí quedan comprendidas las enfermedades de transmisión vertical y sexual.

En cuanto a la transmisión vertical, es decir, la transmisión de madre a hijo (transplacentaria) en la cual se

³³⁸ Como dijimos oportunamente es adecuado este criterio, porque la falta de certeza de la medicina sobre la posibilidad de transmisión genética de los progenitores hacia su prole no hace posible la inclusión de este tipo de enfermedades. Esto lo hemos desarrollado puntualmente en el Capítulo II. *Ver Supra Capítulo II, Punto 2.2 de este Trabajo.*

adquiere mayor o menor posibilidad de contagio conforme al grado de cuidado que se tenga al momento del nacimiento, hemos hecho principal hincapié en lo referente al SIDA, que conforme a la actual redacción del artículo 13, creemos que se encuentra incluida en la prohibición que este consagra la norma.³³⁹

La solución a la que se arribaría, es evidentemente abusiva por lo drástica, pero principalmente porque los fines originarios en los que se sustentó el artículo 13 de la ley 12.331 (eugenésicos) se cumplen sólo para un reducido grupo.

Como la ley debe ser genérica y abstracta, y no particular o específica, consideramos que un artículo no puede estar destinado sólo a un porcentaje de personas dentro de una clase, sino a todas las personas de la misma clase, dado que, en caso contrario, se violaría el principio de igualdad ante la ley. Esto es lo que ocurre con el SIDA, ya que, la transmisión vertical de la enfermedad afecta, en general, sólo a un porcentaje muy exiguo de los hijos de madres con HIV.³⁴⁰

En cuanto a las enfermedades de transmisión sexual, no nos quedan dudas de que también deben estar excluidas del impedimento matrimonial, porque su presencia como tal es inocua en relación al fin que persigue una norma de este estilo.³⁴¹

³³⁹ Hemos esbozados los fundamentos de esta afirmación en la parte pariente de este Trabajo. Ver *Supra el Punto 4 y sgts "La interpretación actual de la ley, el SIDA como enfermedad venérea en periodo de contagio del Capítulo V.*

³⁴⁰ Ver *Supra 2.1. Enfermedades de transmisión vertical. Del Capítulo II de esta obra.*

³⁴¹ La finalidad mediata eugenésica consistente en no transmitir el mal a la prole e inmediata profiláctica, debemos dejarla a la prudente

4. Certificado médico prenupcial. (Art. 3 y 4 del Anteproyecto)

4.1. Operatividad del certificado prenupcial.

La fórmula que contempla la legislación actual es incompleta, ya que si una persona obtiene el certificado prenupcial y entre este momento y el momento de contraer matrimonio contrae una enfermedad, o si al momento de expedir el certificado el médico encuentra al paciente sano porque la enfermedad que posee no se ha exteriorizado, en ambos casos los sujetos podrán contraer matrimonio ya que ante la ley no se encuentran impedido aunque su enfermedad existe.

Ahora bien, si en el mismo supuesto que planteamos, el médico diagnostica la enfermedad porque esta se materializa somáticamente y ello impide al individuo acceder a las nupcias, nosotros consideramos que existiría un claro supuesto de desigualdad ante la ley, porque en ambos casos la enfermedad existe como tal, solo que, conforme al estado del conocimiento científico, en uno de ellos no pudo ser evidenciada por la medicina.

Si lo que se tiene en cuenta es la posibilidad de contagio de la enfermedad a la prole, en muchos casos ello no se produciría ni padeciendo de la dolencia, entonces la ley estaría contemplando supuestos idénticos, con consecuencias jurídicas diferentes, por aspectos que escapan al derecho

autodeterminación de los contrayentes, los cuales si deben estar informados de los riesgos y desprovechos que podrían devenir tanto para su pareja como para la descendencia, lo cual ocurre a través de la exigencia de los certificados prenupciales obligatorios.

mismo y que son propios *de la falta de certeza científica de las ciencias médicas en ese campo de acción.*

Por lo tanto, y conforme a la reforma que proponemos, deberán presentarse 2 certificados de salud que serán obligatorios, con 100 días de diferencia, ya que este es el tiempo dentro del cual se puede detectar la presencia del virus del SIDA.³⁴²

Los mismos deben contener: la enfermedad que padecen los contrayentes y deben ser presentados al Oficial del Registro quién solo se debe limitar a exigirlos e intercambiarlos entre los contrayentes, sin que ello implique impedir la unión de derecho, la cual siempre va a quedar dentro del marco de la estricta autonomía del sujeto, pero conociendo el verdadero estado de salud del individuo con quien se accede al matrimonio.

4.2. La inclusión del SIDA en los certificados prenupciales para el conocimiento bilateral del verdadero estado de salud de los cónyuges.

Hemos sostenido durante toda esta investigación que el SIDA se *encuentra incluido en el enunciado de la norma legal*, aunque entendemos que no *debería estarlo.*

El SIDA no debe estar comprendido en el impedimento matrimonial de enfermedad, puesto que esto significaría privar de por vida, a las personas que lo padecen, de contraer matrimonio.

La actual redacción del artículo 13 de la ley 12.331 aparece, a nuestro criterio como *anacrónica, arbitraria, e*

³⁴² Si bien ello no impediría que algunos de los esponsales se contagie de una enfermedad durante los 100 días, las posibilidades son muy reducidas.

inconstitucional.

Es *anacrónica*, porque al momento de su creación se tuvo en miras enfermedades que en el presente se encuentran, en principio, controladas por la medicina (sífilis, gonorrea, etc.) pero en la actualidad, el surgimiento y expansión del SIDA hace que este flagelo se encuentre comprendido en la prohibición nupcial conforme a los términos en los que la misma está consagrada.

Su inclusión no se condice con los fundamentos en los cuales se sustentó el origen del mencionado artículo, ya que el fin inmediato profiláctico no puede cumplirse en el presente porque no hay una cura para el mal, y el fin mediato eugenésico tampoco porque, como señalamos precedentemente, el porcentaje de transmisión vertical de la enfermedad es relativamente bajo, y puede ser más bajo aún, cuando mayor información y recaudos se tengan.

Es *arbitraria* porque el Estado ante la enfermedad del SIDA debe tomar una posición intervencionista con respecto brindar la información necesaria a la población para evitar la propagación de la enfermedad. Pero no creando imperativamente un impedimento matrimonial que no resuelve el problema, la ley debe, simplemente, poner en conocimiento de los contrayentes de la presencia de la enfermedad para que estos decidan la conveniencia o no de contraer nupcias.

El marco de regulación que la ley debe tener con respecto al matrimonio está basado en la *autonomía de la voluntad y la libertad individual*, que se admite en un Estado liberal como el nacional, y no en la imposición autoritaria exteriorizada a través de impedimentos que vedan parcial o totalmente el derecho a contraer matrimonio, y que son

propias de Estados totalitarios.

Entendemos que es *inconstitucional* porque existe una falta de certeza biológica precisa para incluir al SIDA como comprendido en el impedimento por su posible transmisión vertical³⁴³, más aún, cuando las estadísticas demuestran que existen más posibilidades de que la descendencia sea sana de que la misma se infecte.³⁴⁴

El tema adquiere gran relevancia jurídica, puesto que, en el caso del 51% o 93%, según el dato estadístico que se tome en cuanto a las personas cuya descendencia sea sana, la prohibición nupcial contenida en el artículo 13 de la ley 12.331 violaría el principio constitucional de igualdad ante la ley, ya que el fin mediato perseguido por la misma (lograr una descendencia sana) sería cumplido tanto por el enfermo de HIV como por una persona sana. Hemos apuntado en su momento que el fin inmediato, es decir, el profiláctico no se cumple con esta enfermedad.

Por último, es evidente que el estado de los conocimientos sobre el SIDA está lejos de ser el deseado pero, a su vez, existe una necesidad social de controlar la

³⁴³ Es que la ley es genérica y se aplica a todos los sujetos que se encuentran comprendida en su enunciado, lo cual, muchas veces torna injusta sus consecuencias cuando ella se sustenta en parámetros epistemológicos incorrectos como en este caso. *Ver Supra Pto. 6 del Capítulo II.*

³⁴⁴ Hemos desarrollado este tema en la parte especial de este Trabajo, y nos sorprenden como los datos varían año tras año. Cuando comenzamos esta investigación hace ya 5 años atrás, el porcentaje de transmisión vertical en el caso del SIDA, era del 20 % en los países más desarrollados y al momento de finalizar la misma, y a medida que iba surgiendo bibliografía más actualizada, ese porcentaje se redujo a un 2 % en los países mencionados. *Ver Supra Pto. 2.1. del Capítulo II.*

enfermedad a través de la ciencia.³⁴⁵ Pero si admitimos que el impedimento matrimonial incluye el sida la injusticia es notoria, máxime porque advertimos que de esta manera *el derecho es utilizado como una herramienta para cubrir la falta de certeza científica en determinado plano de la medicina, a través de una norma prohibitiva o impedimento matrimonial, que, ni siquiera cumple, como explicamos anteriormente, un fin profiláctico o eugenésico que le dé razón de ser.*

5. Nulidad de las nupcias (Art. 5 del Anteproyecto).

5.1. Inoficiosidad del artículo 13 de la ley 12.331.

Por los fundamentos ya expuestos, en la parte correspondiente de este trabajo, nos adherimos a la doctrina de la especialidad del régimen de las nulidades³⁴⁶, por lo que el artículo 13 de la ley 12.331, a nuestro entender, no tendría consecuencia jurídica en el supuesto de violación de la prohibición que consagra. De esta manera, consideramos que *una norma que constituye una mera descripción lírica, no tiene razón de ser en el sistema jurídico civil argentino*, por lo que proponemos su inmediata derogación.

5.2. Los vicios del consentimiento como medio jurídicamente idóneo para anular el matrimonio cuando ha sido contraído desconociendo la existencia del SIDA u otra enfermedad por parte de uno de los contrayentes.

³⁴⁵ Hemos demostramos esta tendencia, no benévola, de intentar a través de un marco legal controlar el desarrollo de un aspecto perjudicial para la sociedad, en este caso: una enfermedad. *Ver Supra Pto. 8 del Capítulo II.*

³⁴⁶ *Ver Supra Capítulo VII de esta investigación.*

Es claro, que padecer de una enfermedad contagiosa por parte de alguno de los sujetos que acceden al casamiento, puede constituir un supuesto de error³⁴⁷ o de dolo³⁴⁸. En el primer caso ante el mero desconocimiento por parte del cónyuge sano de la existencia de la enfermedad del otro, y en el segundo supuesto, ante la ocultación o engaño de quien la padece, como medio para lograr la unión conyugal.

Sería oportuno, en la reforma, incluir específicamente al SIDA como enfermedad susceptible de aplicación de los vicios del consentimiento matrimonial, cuando por error o dolo se hayan contraído las nupcias mediando dicha dolencia en alguno de los cónyuges.

Ello no es visto por nosotros como un mecanismo indispensable, pero si saludable, habida cuenta que, como oportunamente sostuvimos, el derecho de familia goza de *una coraza de especialidad*, y el destino teleológico de las normas que regulan la institución matrimonial tiende hacia la conservación.

Es por ello que la inclusión expresa del SIDA en el artículo 175 del Código civil despejaría cualquier duda en torno a la posibilidad de alegar dicha normativa en un caso de contagio con ocultación negligente o maliciosa.

6. Aplicación del régimen del derecho de daños en caso de transmisión de enfermedades venéreas en el matrimonio. (Artículo 6 del Anteproyecto).

Hemos dejada plasmada nuestra opinión en el Capítulo

³⁴⁷ Ver *Supra* 4.3. del Capítulo VII de esta obra.

³⁴⁸ Ver *Supra* 5.2. del Capítulo VII de esta obra.

pertinente³⁴⁹, la cual ratificamos en este colofón, la obligación de presentar los certificados médicos prenupciales *constituye una obligación de resultado* que pesa sobre los contrayentes, ello se desprende del carácter imperativo del enunciado que consagra dicha regla.

Sobre el cónyuge que ha omitido dicho requisito, y accede a las nupcias, pesa la necesidad de probar su inocencia, porque existe una presunción en su contra emergente de la violación al deber impuesto por la norma legal.

La inversión probatoria proviene del *derecho de fondo*, es decir, el fundamento jurídico radica *en la obligación de resultado* que se impone a quienes acceden al matrimonio.

El *factor de atribución seguirá siendo subjetivo* basado en la idea de culpa, cuyo efecto evidente es que quien omitió el certificado podrá probar que el contagio de la enfermedad al otro cónyuge devino de un hecho del cual no es responsable, por no ser reprochable subjetivamente su conducta y así eximirse de la sanción resarsitoria.

Este beneficio, solo es procedente cuando alguno de los cónyuges omitió la diligencia, en caso que ambos lo hicieran no rige para ninguno esta situación jurídica, aplicándose en consecuencia el principio general en razón del cual quien alega un hecho debe probarlo. Ello es así, porque nuestra posición tiende al beneficio de quien se encuentra a derecho, si ambos cónyuges no lo están es inviable su alegación.

Por último, al tener el derecho de familia un *carácter especial* dentro de la legislación civil argentina, entendemos que solo pueden aplicarse los principios generales del derecho de daños a la institución matrimonial, siempre que

³⁴⁹ Ver *Supra* Capítulo VIII, en especial el Punto 9.

exista una norma que faculte dicha aplicación, como en el caso la consideramos necesaria, proponemos la incorporación de la misma en la parte pertinente del Código Civil.

7. Anteproyecto de impedimento matrimonial de enfermedades transmisibles. Inclusión del SIDA dentro de los vicios del consentimiento matrimonial.

Conforme a los fundamentos precedentemente expuestos, proponemos el siguiente Anteproyecto de reforma:

Art. 1. Deróguese el artículo 13 de la ley 12.331.

Art. 2. Agréguese a la Sección Segunda, Título I “Del matrimonio”, Capítulo 3 “De los impedimentos”, los siguientes artículos:

Art. 3. Las autoridades sanitarias deberán propiciar y facilitar la realización de exámenes médicos prenupciales. Los mismos serán otorgados con carácter gratuito por los hospitales públicos, y en caso de ausencia de estos por médicos privados que las autoridades designen para cada región del territorio nacional para ejercer tal función.

Estos certificados serán obligatorios para ambos contrayentes. Se deberán entregar dos certificados médicos, con una diferencia de 100 días entre uno y otro, en donde conste la enfermedad y su forma de transmisión.

Art. 4. Si uno de los futuros contrayentes padece de una enfermedad transmisible, esta circunstancia se hará constar en el certificado de salud.

Se podrá contraer matrimonio, aun mediando la

dolencia, pero en este caso el Oficial del Registro, en entrevista privada con ambos contrayentes, deberá poner en conocimiento del cónyuge sano, los riesgos que pueden surgir, tanto para este como para su descendencia, de la convivencia marital con el cónyuge afectado del mal.

Art.5. Inclúyase en el Capítulo 4: Del consentimiento, último párrafo del artículo 175 el siguiente texto:

Si el matrimonio se ha celebrado padeciendo de una enfermedad de transmisión sexual, incluso el SIDA, por parte de uno de los contrayentes, podrá ser anulado cuando medió dolo por parte del cónyuge enfermo o por error sobre sus cualidades personales.

En este último caso, cuando el cónyuge sano al momento de dar el consentimiento ignorara la presencia de la enfermedad y siempre que de haber sido conocida por este no hubiese accedido al matrimonio.

Artículo 6: Inclúyase en el art. 187 inciso 4 del CC, (según ley 23.515) el siguiente articulado: es obligatorio la presentación al Registro de los certificados médicos prenupciales donde conste la ausencia de cualquier enfermedad de transmisión venérea *“incluso el SIDA”*

El cónyuge que transmitiese una enfermedad venérea a otro quedará sujeto a las normas referentes a la responsabilidad civil que prevé este Código.

Bibliografía General.

“Cuartas Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, y Procesal” *Revista de Jurisprudencia Argentina*. Tomo 1990-IV. Pags. 904/911.

AFTALIÓN, Enrique R. GARCÍA OLANO, Fernando, VILANOVA. José *Introducción al derecho. Nociones Preliminares. Teoría General*. Editorial El Ateneo. Buenos Aires. 1960.

ALONSO, Juan Ignacio, RIZICMAN, Leandro. En RIVERA, Julio César (Director). *Código Civil Comentado. Doctrina-Jurisprudencia-Bibliografía. Títulos Preliminares Personas*. Editorial Rubinzal Culzoni. Buenos Aires. 2004.

ALTERINI, Atilio Aníbal. AMEAL, José Oscar, LOPEZ CABANA, Roberto M. *Curso de la Obligaciones*. Tomo I. Cuarta edición. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1993.

ASCOLI, Max. *La interpretación de las leyes*. Ensayo de Filosofía del Derecho. Editorial Losada S.A. Buenos Aires.

BELLUSCIO, Augusto C., ZANNONI, Eduardo A. *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*. Tomo 1. Autores: GARBINO, E. Guillermo, LAVALLE COBO, Jorge E., PARDO, Alberto J. RIVERA, Julio. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1984.

BELLUSCIO, Cesar Augusto. *Manual de Derecho de Familia*. Editorial Astrea. 7° Edición. Buenos Aires. 2002.

BIDART CAMPOS, Germán J. “Epistemología del
289

Derecho. En honor a Werner Goldschmidt en sus 70 años.”
Revista La Ley. T. 1980-D Sección Doctrina. Buenos Aires.
1980. Pags. 1128/1133.

BOBBIO, Norberto. *Teoría General del Derecho*.
Editorial Debate. Madrid. 1992.

BORDA Guillermo. *Tratado de Derecho Civil*. 9°
Edición. Editorial Perrot. Buenos Aires. 2007.

BORDA, Guillermo A. *Derecho Civil Parte general*. 20 °
edición. Editorial Astrea. Abeledo- Perrot. Buenos Aires.
2003.

BORDA, Guillermo *Tratado de derecho de Familia*. 9°
edición. Editorial Perrot. Buenos Aires. 2007.

BORDA, Guillermo. ¿Son aplicables a las nulidades
matrimoniales los principios generales del Código Civil?
Revista El Derecho. Tomo 127. Buenos Aires. 1988. 894/896.

BORDA, Guillermo. *Manual de Derecho de Familia*. 10°
Edición. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1998.

BOSSERT Gustavo A. - ZANNONI Eduardo A. *Manual
de derecho de familia*. Editorial Astrea. 4° Edición Buenos
Aires. 1996.

BREBBIA, Roberto H. “Vigencia y jerarquía de la
responsabilidad civil por culpa en el derecho positivo
argentino”. *Revista La Ley*. Tomo 1990-B Sección Doctrina.
Buenos Aires.

BUERES, Alberto J (Director). HIGHTON, Elena I. (Coordinadora). *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial. Tomo de Obligaciones. 3 A.* Editorial Hammurabi. Buenos Aires. 1999.

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Teoría General de la Responsabilidad Civil.* Editorial Albeledo- Perrot. Séptima edición. Buenos Aires. 1992.

CASIELLO, Juan José. “El principio de la responsabilidad por culpa en el Código Civil de Vélez Sarfield”. *Revista La Ley.* Tomo 1986-B. Sección Doctrina. Pag. (726/31).

CASTAÑO, Sergio Raúl. “El Imperio de la ley y los principios del Orden Político en Aristóteles” En DAMIANI A., MALIANDI R. (Comps). *¿Es peligroso argumentar? Estudios sobre política y argumentación.* Editorial Suárez. Mar del Plata. 2002. Pags. 283/320.

CAZEAUX - BREBBIA - ALTERIN I- MOSSET ITURRASPE - ZANONI. *Temas de Derecho Civil.* Ediciones Jurídicas Cuyo S. R. L. Mendoza. Argentina. 1980.

COLOMBO, Leandro A. “Un anteproyecto de reformas eugenésicas al Código Civil”. *Revista La ley.* Tomo 54. Buenos Aires. S/D.

D´ANTONIO, Daniel Hugo, MÉNDEZ COSTA María Josefa. *Derecho de Familia.* Tomo I. Editorial Rubinzal-Culzoni. Santa Fé. 1990.

DAMIANI, Alberto Mario. “El nuevo animal político”. En
291

Revista Devis Mortales. Cuaderno de Filosofía Política.
Numero 1, 2002. Buenos Aires. Pags. 262/82.

DAMIANI, Alberto Mario. *La Dimensión Política de la Scienza Nuova y otros estudios sobre Giambatista Vico.* Editorial EUEBA. Buenos Aires. 1998.

DARWIN, Charles. *El Origen de las Especies.* Editorial Longseller. 2004.

DE CUPIS, Adriano. *El Daño. Teoría General de la Responsabilidad.* Traducción de Ángel Martínez Sarrión. Editorial Bosch S. A. Barcelona. 1975.

DE LA FUENTE, Horacio, Héctor. “Obligaciones de medio y de resultado. Lo positivo y lo negativo de la clasificación” *Revista La Ley.* Tomo 1990 A. Sec. Doctrina. Buenos Aires. 1990. Pags. 712/720.

DE LORENZO, Federico. “Breves reflexiones sobre ficciones y mitos en el Derecho Privado”. En ALTERINI, Atilio, NICOLAU Noemí (Directores), HERNANDEZ, Carlos (coordinador). *El Derecho Privado ante la Internacionalidad, la Integración y la Globalización.* Editorial. La Ley. Buenos Aires. S/D. Pags. 59/73.

DE LORENZO, Federico. *El daño injusto en la responsabilidad Civil.* Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1996.

DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique. *Matrimonio y Eugenesia. El impedimento matrimonial de enfermedad.* Editorial Guillermo Kraf Ltada. Buenos Aires. 1944.

FANZOLATO, Eduardo Ignacio. “El SIDA y el derecho de familia”. *Revista de la facultad. Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*. Vol 2. Año 1994.

FASSI, Santiago C. “Nulidad de matrimonio”. *Revista La Ley*. Tomo 26. Buenos Aires. 1942.

FERNANDEZ ABAD, María Cristina. “Apuntes sobre el dolo como vicio del consentimiento matrimonial, a propósito de un reciente fallo”. *Revista La Ley*. Tomo 1983-D. 11/16.

FROSINI, Vittorio *La letra y el espíritu de la ley*. Editorial Ariel S. A. Barcelona. 1995.

GARRIDO CORDOBERA, Lidia R. *Revista de Jurisprudencia Argentina*. Algunas reflexiones en torno a la responsabilidad. Tomo 1990-III. Pag. (188-191).

GHERSI, Carlos Alberto. *Contratos Civiles y Comerciales. Parte general y especial*. Editorial Astrea. Tomo I. Tercera edición. Buenos Aires. 1994.

GHERSI, Carlos Alberto. *Derecho Civil. Parte General*. 3° Edición. Editorial. Astrea. Buenos Aires. 2002.

Gran Omeba. Diccionario Enciclopédico. Tomo 12. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires. 1969.

GUARINONI, Ricardo V. “Algunas consideraciones acerca de la obligación de reparar”. *Revista La Ley*. Tomo 1975-D. Sec Doctrina. Buenos Aires. 1975. 508/511.

GUARINONI, Ricardo Víctor “La inexistencia jurídica”. T. 2004-A, *Revista La Ley*. Sec Doctrina. Buenos Aires. 2004. 1408/1417.

GUARINONI, Ricardo Víctor “Ley especial, posterior, y superior. Clasificación y pertenencia en la interpretación jurídica.” *Revista La Ley*. T. 2003-D, Sec Doctrina. Buenos Aires. 2003. Pags. 1122/1130.

GUIJARRO D, Enrique. “El SIDA como problema jurídico en cuanto a aptitud nupcial y a los efectos familiares” *Revista de Jurisprudencia Argentina*. Tomo 1987-IV, Octubre-Diciembre. Buenos Aires. 1987.

HENKEL, Heinrich. *Introducción a la Filosofía del Derecho. Fundamentos del Derecho*. Traducción de Enrique Gimbernat Ordeig. Editorial TAURUS S.A. Madrid. 1968.

HERNANDEZ, Lidia Beatriz. “Acerca del debate sobre la especialidad del régimen de nulidades matrimoniales en la ley 23.515.” *Revista La Ley*. Tomo 1992-D Sección Doctrina. Buenos Aires. 1992. 814/824.

HERSALIS, Marcelo, MAGRI, Eduardo, JALIL, Julián. “Los factores de atribución en la responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos menores. En *Revista La Ley Buenos Aires*. Año 12, Número 10, Noviembre de 2005. Pags. 1175/1201.

HERSALIS, Marcelo, MAGRI, Eduardo. “Cirugía plástica régimen de la obligación que asume el profesional”. *Revista La Ley* 2005-B. Pags. 431/438.

HERSALIS, Marcelo, SICA, Josefina. “Consentimiento Informado. Figura de extrema actualidad y utilidad”. *Diario la Ley*. 4 de Agosto de 2005. Pags. 4/6.

HESALIS, Marcelo, SICA, Josefina, MAGRI, Eduardo. “La Causalidad y la imputabilidad con especial referencia a la historia clínica”. En *Diario La Ley* del 16 de Diciembre de 2004. pags. 5/7.

HIGHTON, Elena L. WIERZBA, Sandra, L. La relación medico-paciente: el consentimiento informado. Editorial Ad-hoc. Buenos Aires. 1991.

HOOFT, Pedro Federico. “Bioética y Derecho”. *Revista El Derecho* T 132. Buenos Aires. 1989. Pgs. 877/885.

HOYOS VÁSQUEZ, Guillermo. “Moral Comunicativa y Bioética”. *Revista de Jurisprudencia Argentina*. Tomo 2004 IV. Buenos Aires. 2004. Pgs 1123/1128.

JALIL, Julián Emil. “Responsabilidad de los padres por enfermedades transmitidas a sus hijos”. En *Anuario de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UAI*. Editorial La Cátedra Jurídica. Buenos Aires. 2007. Pags. 205/214.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Libertad de amar y derecho a morir*. Editorial Losada S. A. Buenos Aires. 1942.

JONAS, Hans. *El principio de Responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*. Editorial. Erder. Barcelona. 1995.

JOSSERAND, L. *Los Móviles de los Actos Jurídicos de Derecho Privado. Teología Jurídica.* Traducido por Eligio SANCHEZ LARIOS, y José M. CAJICA Jr. Editorial José M. CAJITA Jr. México D. F. 1946.

JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil. La familia.* Revisado y completado por André BRUN. Tomo I. Volumen II. Traducción de Santiago CUNCHILLOS y MANTEROTA. Ediciones Jurídicas Europa - América. Bosch y Cia. Editores. Buenos Aires. 1950.

JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil. Teoría General de la Obligaciones.* Revisado y completado por André BRUN. Tomo II. Volumen I. Traducción de Santiago Cunchillos y Manterota. Ediciones Jurídicas Europa - América. Bosch y Cia. Editores. Buenos Aires. 1950.

JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil. Teorías Generales del Derecho y de los Derechos. Las Personas.* Tomo I. Vol. I. Traducción de Santiago CUNCHILLOS y MANTEROTA. Ediciones Jurídicas Europa - América Bosch y Cia. Buenos Aires. 1950.

KHUN, Thomas. *La Estructura de las Revoluciones Científicas.* Editorial Fondo de Cultura. México.

LABAL, Emilio, MAS COLOMBO, Eduardo, VALENZUELA, Amelia, RACCA, José N. ABELLA, María Fernanda, RISUEÑO, Alicia E. *Enfermedades de transmisión sexual y SIDA.* Editor Enrique Santiago Rueda. Buenos Aires. 1997.

LAGOMARSINO, Carlos R. *Juicio de nulidad*

matrimonial. Editorial Hamurabi. Buenos Aires.

LE TORNEAU, Philippe. *La Responsabilidad Civil*. Traducción de Javier Tamayo Jaramillo. Editorial Legis. Bogotá. 2004.

LLAMBIAS, Jorge Joaquín. *Código Civil Anotado. Doctrina-Jurisprudencia. Hechos y Actos Jurídicos. Actos Ilícitos*. Colaboración de RAFFO BENEGAS, Patricio J. Tomo II-B. Editorial Abeledo - Perrot. Buenos Aires. 2002.

LLAMBIAS, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. 19° Edición. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. 2001.

LLOVERAS, Maria Emilia, en BUERES, Alberto J (Director). HIGHTON, Elena I. (Coordinadota). *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*. Tomo de *Obligaciones 1 A*. Editorial Hammurabi. Buenos Aires. 1999.

LOLAS STEPKE, Fernando. “El derecho la científicidad y la sociedad de riesgo: un comentario bioético”. *Revista de Jurisprudencia Argentina*. Tomo 1999 IV. Pgs. 923 y sgts.

LOPEZ MESA, Marcelo J. “El juez y la interpretación de la ley. (Del señorío romano al vasallaje exegético y algo más allá)”. *Revista El Derecho*. Tomo 170. Buenos Aires. 1997. Pags. 1004/19.

LOPEZ MESA, Marcelo J. “La culpa como factor de atribución de la responsabilidad (Cénit ocaso y resurgimiento de la culpa)”. *Anuario Da Faculdade de Derito Da Universidad*

Da Coruña. Madrid. 10-2006. (641/673).

LOPEZ MESA, Marcelo. “El hombre y su circunstancia (De nuevo sobre el artículo 902 y conos. CC.)”. *En Revista de Jurisprudencia Argentina*. Tomo 1998-I. Buenos Aires. 1998. Pags. 753/773.

LOPEZ MESA, Marcelo. *Curso de las Obligaciones*. Tomo III. Editorial Depalma. Buenos Aires. 2002.

LOPEZ MESA, Marcelo.” La doctrina de las cargas probatoria dinámicas. (Su actualidad en la jurisprudencia argentina y española)” *Revista ZEUS, Colección jurisprudencial*. Volumen 76. Rosario, Enero-Abril, 1998. Paginas 1/6

LOPEZ RUF, Pablo. *Comentario sobre la teoría general de las normas*. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1996.

MAFFIA, Jorge O. “Dolo y error en materia matrimonial”. *Revista La Ley*. Tomo 108. Sección Doctrina. Buenos Aires. s/d. 1125/1135.

MALIANDI, Ricardo. *Ética Conceptos y Problemas*. 3° Edición. Editorial Biblos. Buenos Aires. 2004.

MAYO, Jorge. “El ámbito de la culpa en el derecho de las obligaciones”. *En Revista de Derecho Privado*. AMEAL, Oscar (Director) GESUALDI, Dora Mariana (Coordiadora). Editorial Hammurabi. Buenos Aires. Pags. 1286/1290.

MAYO, Jorge. “La relación de causalidad como requisito de la responsabilidad civil en la reciente

jurisprudencia de la Corte de Casación Francesa. ¿Va retorno a los orígenes de la teoría?”. En *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros. La Ley.*, Volumen 2003. Buenos Aires, 2003. Pag. 943/949.

MAZEAUD, Henri y León. TUNC, André. *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*. Tomo I. Volumen I. Quinta edición. Traducción Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1961.

MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, León, MAZEAUD, Jean. *Lecciones de derecho Civil*. Parte Primera. Volumen III. *La familia*. Constitución de la familia. Traducción de Luis ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1959.

MAZEAUD. Henri. MAZEAUD, Jean, MAZEAUD León, CHABAS, Francois. *Derecho Civil. Obligaciones*. Tomo I. Traducción de Luis Adorno. Editorial Zavalia. 1997.

MAZZINGHI, Adolfo Jorge. *Derecho de Familia*. Tomo I. 3° Edición. Editorial Abaco. Buenos Aires. 1999.

MAZZINGHI, Jorge Adolfo. “Adecuada utilización del dolo como causa de anulación matrimonial” *Revista El Derecho*. Tomo 103. Buenos Aires. 1983. Pags. 673/678.

MEDINA, Graciela. *Daños en el derecho de familia*. Colaboradores: BOROFFIO, Natalia, GARCÍA SANTAS, Carlos, HOOFT, Irene, WINOGRAD, Carolina. Editorial Rubinzal Culzioni. Buenos Aires. 2002.

MENDEZ COSTA, Mará Josefa, D´ANTONIO, Daniel Hugo. *Derecho de Familia*. T. I. Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fé. 2001.

MINYERRSKY, Nelly - LAMBOIS, Susana. “Responsabilidad por Transmisión de enfermedades”. En *Obligaciones y Contratos en los albores del siglo XIX. Homenaje al profesor Roberto M. LOPEZ CABANA*. AMEAL, Oscar (Director), J. y TANZY, Silvia (Cordinadora) Abeledo - Perrot. Buenos Aires. 2001.

MINYERSKY, Nelly. “El derecho de familia frente al SIDA. En *Revista de Derecho de familia*. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1992. Pags. 89/95.

MONIQUE Canto-Sperber. *Diccionario de Ética y de Filosofía Moral*. Tomo I. A-J. Editorial Fondo de Cultura Económica. Mexico. D. F. 2001.

MONTI, Eduardo J. MINYERSKY, Nelly. “El SIDA y los impedimentos matrimoniales”. *Revista La Ley*. Tomo 1991-C. Sección Doctrina. Buenos Aires. 1992. 841/847.

MORO, Tomás. *Utopía*. Traducción de Pedro Rodríguez Santidrián. Alianza Editorial S. A. Madrid 1997.

MOSQUERA, Gerardo Raúl. “El SIDA como impedimento del matrimonio civil”. *Revista La Ley*. Tomo 1992-E, Sección Doctrina . Buenos Aires. 1992. Pags. 1255/1259.

MOSQUERA, Gerardo Raúl. SIDA: ¿Presentación de la confidencialidad o deber de divulgación? *Revista La Ley*.

Sección Doctrina. Buenos Aires. 1992. Pags. 1353/1354.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Responsabilidad por daños. Parte General*. Tomo I. Editorial Ediar S. A. Argentina. 1971.

NAWIASKY, Hans. *Teoría General del derecho*. Traducción de la Segunda Edición en lengua alemana por el José ZAFRA VALVERDE. Ediciones Rialp S. A. Madrid. 1962.

NOVELLINO, Norberto J. *Derecho de Daños*. Cuarta Parte. (A). Ediciones La Roca. Buenos Aires. 2000. Pag. 249.

OCAMPO, Carlos Guillermo, URIARTE, Jorge Alcides. “La omisión dolosa y la reserva mental como configurativa de aquella dando lugar a la nulidad del matrimonio por dolo”. *Revista La Ley*. Tomo 1980 D. 545/547.

PICASSO Sebastián. “¿Hacia una ampliación de la noción de dolo delictual en el derecho civil?” *Revista La Ley* Tomo 2004-D. Buenos Aires. 2004. Pags. 651/655.

PICASSO Sebastián. “Obligaciones de medios y de resultados” *Revista de Jurisprudencia Argentina*. Tomo 1996-II. Buenos Aires. 1996. Pags. 713/732.

PICASSO, Sebastián. “La culpa y el incumplimiento en las obligaciones de medios”. *Revista La ley*. Tomo 2000-C. Sección Doctrina. Buenos Aires. 2000. Pag. 991/1006.

PLATÓN. *República. Obras Completas*. Editorial Bibliográfica Omeba. Buenos Aires. 1967.

PRAYONES, Eduardo. *Nociones de Derecho Civil. Derecho de Familia*. Editorial Valeri Abeledo. 1° Edición. Buenos Aires. 1949.

PUGA, Liliana, PUENTES, Teresita. “Transmisión vertical de las infección por HIV”. En BENETUCCI, Jorge A. *Sida y enfermedades asociadas. Diagnostico clínica y tratamiento*. 2da Edición. Editorial FUNDAI. Buenos Aires. 2002.

PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho Civil Contratos en Particular, Enriquecimiento Injusto, Responsabilidad Civil*. Tomo II. Volumen II. Editorial Bosch. Barcelona. 1956.

PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de Derecho Civil Español*. Tomo II. *Derecho de Familia*. Vol. I. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1957.

PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de Derecho Civil Español*. Tomo IV. *Obligaciones y Contratos*. Vol. II. 2° Edición. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1957.

RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo. *Derecho Civil. Parte General*. Editorial Astrea. Buenos Aires. 2000.

RAMIREZ GRONDA, Juan D. *Diccionario jurídico*. 7ma. edición. Editorial Claridad. Buenos Aires. 1974.

RIPERT, Georges, BOULANGER, Jean. *Tratado de Derecho Civil. Según el tratado de Planiol*. Tomo II. Volumen. I. De las Personas. (1° parte). La Ley. Buenos Aires. 1963.

RIPERT, Georges, BOULANGER, Jean. *Tratado de Derecho Civil. Según el tratado de Planiol*. Tomo I. Parte General. La Ley. Buenos Aires. 1963.

RIPERT, Georges. BOULANGER, Jean. *Tratado de Derecho Civil. Según el tratado de Planiol*. Tomo V. Obligaciones. Segunda Parte. Editorial La Ley. Buenos Aires. 1963.

RIVERA, Julio César (Director). *Código Civil Comentado. Doctrina-Jurisprudencia-Bibliografía. Títulos Preliminares Personas*. Editorial Rubinzal Culzoni. Buenos Aires. S/D.

RIVERA, Julio César. *Instituciones de Derecho Civil. Parte General*. Tomo II. 3° edición. Editorial Lexis Nexis. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 2004.

RIVERA, Julio Cesar. MEDINA, Graciela. (Directores). *Código Civil Comentado. Hechos y Actos Jurídicos*. Editorial Rubinzal - Culzoni. Buenos Aires. 2005.

ROBBINS, COTRAN, KUMAR, y COLLINS. *Patología estructural y funcional*. 9° Edición. Editorial Mc Graw-hill Interamericana. Buenos Aires. 2001.

ROITBARG, Marcelo R. *Cuadernos de Derecho Civil. Parte General*. Editorial aZ. Buenos Aires. 1999.

ROSS, Alf. *Lógica de las normas*. Traducción de José S. P. HIERRO. Editorial Comares S. L. Granada. 2000.

ROSS. Alf. *Sobre el Derecho y la Justicia*. Traducción

de Gerardo R. CARRIÓ. EUDEBA Editorial Universitaria de Buenos Aires. 1963.

ROYO MARTINEZ, Miguel. “Prohibiciones nupciales en razón de enfermedad” Publicado en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Instituto Editorial Reus. Madrid. 1950.

SAENZ, Luis R. J. “Los límites al resarcimiento por pérdida de chance en la responsabilidad civil médica” *Revista la Ley*. Tomo 2004-F. Buenos Aires. 2004. Pag. 1006/1010.

SAGARNA, Fernando. “La responsabilidad Civil en el último año del Siglo XX.” *Revista La Ley*. Sección Doctrina. 2000-D. Buenos Aires. 2000. Pag. 1000/2.

SAMBRIZZI, Eduardo A. *Derecho y Eugenesia*. Editorial de la Universidad Católica Argentina. Buenos Aires. 2004.

SANTOS BRIZ, Jaime. *Derecho de Daños*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. S/D.

SANTOS BRIZ, Jaime. *La responsabilidad Civil. Derecho sustantivo y derecho procesal*. Editorial Montecorvo S. A. Segunda edición. Madrid. 1962.

SANTOS CIFUENTES, SAGARNA, Fernando Alfredo. *Código Civil. Comentado y Anotado*. Editorial La Ley. Buenos Aires. 2006.

SARLO, Rubén Mario. “Afectados de Sida y posibilidad de contraer matrimonio. Civil. (Delicada tarea de la

jurisprudencia ante el vacío legal)”. *Revista La Ley*. Tomo 1993-A. Sección Doctrina. Buenos Aires. 1993. Pags. 1124/1127.

SOLIMANO, Nelly Louzan, TRINCAVELLI, Nelida E. *Derecho Civil. Parte General*. II. 2° Edición. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1999.

SOUTULLO, Daniel. *La Eugenesia desde Galton hasta hoy*. Editorial Talasa. Literatus. Madrid. 1997.

SPOTA, Alberto, G. “Nulidad manifiesta del matrimonio celebrado en el extranjero con impedimento de ligamen derivado de un matrimonio celebrado en la República”. *Revista La ley*. Tomo 85. Buenos Aires. 1957.

SUAREZ, Cesar Roberto. “El SIDA y la urgente necesidad de legislar imponiendo el impedimento matrimonial dirimente de carácter transitorio”. *Revista de Jurisprudencia Argentina*. Tomo 1991-IV, Octubre- Diciembre. Buenos Aires. 1991. Pags. 675/679.

THOT, Tihamer *Eugenesia y Catolicismo*. Traducción de M. I. Dr. Antonio Sancho de Mallorca. 1° Edición. Editor Sociedad de Educación Atenas S. A. Madrid. 1942.

TOBIAS, José W. “Acerca de la viabilidad de la pretensión resarsitoria de hijos contra padres por transmisión de enfermedades”. *Revista La Ley*. Tomo 1992-B Sec. Doctrina. Buenos Aires. 1992. Pags. 824/833.

TRIGO REPRESAS, Felix A., LOPEZ MESA, Marcelo J. *Tratado de la Responsabilidad Civil. El derecho de daños en la*

actualidad: teoría y práctica. Tomo I. Editorial La Ley. Buenos Aires. 2004.

VELAZCO, José Raúl y YARKE, María del carmen. “Abordaje integral del SIDA en el derecho de familia” *Revista La Ley*. Tomo 1992-A. Pags. 600/604.

VERNENGO. Roberto José *Curso de Teoría General del Derecho*. 2° Edición. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1985.

VIDAL TAQUINI, Carlos. *Matrimonio Civil. Ley 23.515*. 1° Edición. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1991.

WIERZBA, Sandra M. *Sida y Responsabilidad Civil*. Editorial AD-HOC. S.R.L. Buenos Aires. 1996.

YUNGANO, Arturo R. *Derecho Civil. Parte General*. Ediciones Jurídicas. Buenos Aires. 1990.

ZAFFORÉ., Jorge J. *Dos mundos una Epistemología*. Editorial Ciudad Argentina. Buenos Aires- Madrid. 2003.

ZANNONI, Eduardo A. “Tutela de la persona por nacer y responsabilidad civil. (Con referencia a la manipulación genética y fertilización asistida)”. En TRIGO REPRESAS, Felix A. STIGLITZ, Rubén S. *Derecho de Daños*. Ediciones La Roca. Buenos Aires. 1989.

ZANNONI, Eduardo. “El error sobre las cualidades personales del otro contrayente como causa de nulidad del matrimonio”. *Revista la ley*. Tomo 1988-E. Buenos Aires. 1988. Pags. 201/204.