

INDICE

ABSTRACT	3
INTRODUCCIÓN:	4
DESCRIPCIÓN DE LA ENFERMEDAD	6
LA LEY 12.331	7
EL CASO DEL SIDA	8
IMPEDIMENTOS IMPEDIENTES EUGENÉSICOS	8
POSICIONES DOCTRINARIAS	9
DOCTRINA QUE CONSIDERA AL SIDA COMO IMPEDIMENTO MATRIMONIAL.....	9
<i>FALLO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE WISCONSIN</i>	11
DOCTRINA INTERMEDIA.....	11
DOCTRINA NEGATORIA DEL SIDA COMO IMPEDIMENTO MATRIMONIAL	12
<i>MARCO LEGAL</i>	12
DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS	12
CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA.....	13
PACTO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS.....	13
PRINCIPIO DE IGUALDAD.....	14
<i>FUNDAMENTOS</i>	14
EL IMPEDIMENTO ES VIOLATORIO DE DERECHOS CONSTITUCIONALES	14

EL SIDA NO ES UNA ENFERMEDAD VENEREA.....	16
FORMAS DE TRANSMISIÓN.....	16
ACCIONAR DEL ESTADO.....	17
EL SIDA NO SE MENCIONA EXPRESAMENTE ENTRE LOS IMPEDIMENTOS MATRIMONIALES.....	18
FALLO MALDONADO QUIROGA.....	18
EL IMPEDIMENTO CARECE DE SENTIDO PROFILACTICO.....	20
OBJETIVO DE LA LEY 12.331.....	20
INEFICACIA DE LA LEY 12331	20
EL CERTIFICADO PRENUPCIAL.....	21
CONCLUSIÓN	22
POSIBLES LÍNEAS DE INVESTIGACION FUTURA:.....	23
BIBLIOGRAFÍA	24

ABSTRACT

La trascendencia que en forma cada vez más intensa está teniendo la enfermedad del Síndrome Inmuno Deficiencia Adquirida (**SIDA**), así como también las repercusiones que la misma tiene en los diferentes ámbitos de la vida, de la sociedad y de las distintas ramas del saber, a la que no está ajeno el Derecho, ha motivado reflexiones sobre su incidencia en uno de los actos más importantes de la vida de las personas: EL MATRIMONIO¹

La importancia de la presente investigación radica en esclarecer el debate actual sobre la consideración del Sida como un impedimento para contraer matrimonio; que se disputa entre quienes arguyen que sí, en defensa de la salud psíquica, física y moral; y los que lo niegan por considerar que sería un acto discriminatorio que afecta derechos humanos, carece de sentido profiláctico para los enfermos, y no respeta la interpretación restrictiva que debe hacerse de los impedimentos para casarse.

En este trabajo de investigación se pretende demostrar que bajo ningún punto de vista el padecimiento de SIDA puede configurar un impedimento para contraer matrimonio civil, objetivo que se logrará mediante la exposición de las doctrinas opuestas, y finalmente con la refutación de las mismas.

¹ MOSQUERA, Gerardo Raúl. "El Sida como impedimento al matrimonio civil". LA LEY 1992, E. 1255, pág 1

INTRODUCCIÓN:

El **síndrome de inmunodeficiencia adquirida**, conocido por su acrónimo sida, es el conjunto de enfermedades de muy diverso tipo (generalmente, procesos infecciosos o tumorales) que resultan de la infección por el virus de la inmunodeficiencia humana (VIH).²

Es necesaria la intervención del Derecho en la protección de la Salud, tanto de las personas infectadas como de las que se encuentran en riesgo de infección. No puede permanecer ajeno a esta realidad, dada su peligrosidad y el alto grado de contagio que se ha demostrado a lo largo de los años.

Distintas áreas del derecho se han ocupado ya de crear normas que desalienten la discriminación de aquellos que se encuentran contaminados con el virus. Entre ellas se encuentran el derecho laboral, leyes de Salud Pública, derecho de familia, etc.

Haciendo hincapié en el Derecho de Familia, ha surgido en la doctrina y en la jurisprudencia una discusión acerca de si el Sida se encuentra comprendido dentro de los impedimentos para contraer matrimonio civil o no.

El debate es intenso y posee sólidos fundamentos desde las dos posturas. Sin embargo, el presente trabajo implicará un análisis de aquellos que resultan acertados para afirmar que ninguna persona afectada por el virus de inmunodeficiencia adquirida puede ser privada de derechos que le serían reconocidos en el caso de no encontrarse enferma del citado mal. Y demostrará que por lo tanto, es inaceptable y discriminatorio hacer esta distinción en cuanto a la posibilidad de contraer matrimonio; más cuando esto significa no sólo gozar del derecho a casarse y a tener un compañero de vida, sino que también es el derecho de emplazarse en el

² WIKIPEDIA. [En línea] [Citado el: 11 de Septiembre de 2014.] Disponible en: <<http://es.wikipedia.org/sida>>

estado de familia y de producir sus respectivos efectos; y en definitiva, el hecho de prohibirle realizar este acto jurídico a un infectado no soluciona el problema sustancial ya que no evitará por eso su contagio.

A través de un método deductivo, se desarrollarán en el presente trabajo, razones para afirmar que el SIDA no se encuentra dentro de los supuestos de la Ley de Profilaxis Antivenérea.

Se adoptará también un método descriptivo para la interpretación de la jurisprudencia disponible y de las leyes que regulan la materia.

En primer lugar, se hará una breve descripción de la enfermedad para introducir al lector en el tema. Seguidamente, se expondrán los fundamentos de la doctrina opositora, para refutarlos eventualmente. Luego, partiendo de distintos enunciados, se explicará por qué el SIDA no es una enfermedad venérea, y por qué no corresponde aplicar la ley 12.331 en relación a la misma.

DESCRIPCIÓN DE LA ENFERMEDAD

Se dará una previa y someramente una descripción de la enfermedad para tener una noción de ella, aunque sea escueta.

Se desarrollará un breve encuadre médico-científico del síndrome de inmunodeficiencia adquirida: a los fines de la diferenciación definitiva del mal que nos ocupa en relación de las enfermedades prohibitivas generantes del **impedimento** para la legislación argentina, cuadra aquí efectivizar una ajustada síntesis sobre las características de este padecimiento.³

Sobre las necesarias pautas de captación de la enfermedad, cabe consignarlas en los siguientes puntos, a saber:⁴

- I. El elemento causal es el "human inmunodeficienty virus" (H. I. V.).
- II. El citado virus tiene la propiedad de infectar diversas células del organismo humano, aunque generalmente opera sobre una tipología particularizada de glóbulos blancos, caracterizable como "linfocito ayudante", lo que no descarta afectaciones de neuronas, células epidérmicas, células circulantes y demás.
- III. Los líquidos orgánicos conductivos que cuentan con la propiedad primaria de transmisión son el torrente sanguíneo y el semen, gravitando en forma complementaria las secreciones de órganos sexuales o mamarios femeninos.
- IV. En cuanto se refiere a los canales de contagio, cabe referir a: 1) El trato sexual; 2) El humor sanguíneo, por vía de transfusiones, trasplantes, inyecciones, odontología varia, hemodiálisis y demás; 3) La transferencia de progenitora a hijo, ya por infección de la placenta durante la etapa fetal, o del torrente sanguíneo durante el alumbramiento, o de secreciones de órganos sexuales o mamarios de la madre.

³ *M. Q. F y otra.* Juzgado en lo Civil y Comercial de Mar del Plata. 30/09/1991

⁴ *Ibíd.*

- V. En lo que hace al declararse manifiesto de la enfermedad se estima que existe un período previo de incubación del orden de los 5 años aproximadamente.⁵

LA LEY 12.331

Durante principios del siglo XX, diversas legislaciones adoptaron prohibiciones nupciales sustentadas en aspectos biológicos de los seres humanos, especialmente en relación con la bondad física de quienes tenían intenciones de acceder con las nupcias. Es decir, aquellas personas que padecían de determinadas enfermedades, establecidas arbitrariamente por el legislador del estado pertinente, no podían acceder al matrimonio, precisamente, para evitar la transmisión de estas a la descendencia y a su pareja.⁶

En nuestro país, se crea la llamada Ley de Profilaxis de las Enfermedades Venéreas (ley 12.331) y en su art. 13, último párrafo, se establece la prohibición de contraer matrimonio a las personas afectadas de enfermedad venérea en período de contagio.⁷

La existencia de esta norma es consecuencia del nacimiento de la eugenesia como ciencia, en este sentido, si bien Hipócrates y Darwin escribían sobre la evolución, el tema de la eugenesia fue abordado universalmente por Juan Gregorio Mendel, y Francisco Galton, quien dio nombre y teorizó la nueva ciencia, la definía como *aquella que estudia los factores sociales que pueden mejorar o debilitar los caracteres hereditarios de las generaciones venideras*. De esta manera y con esta finalidad, se crean determinadas normas que contienen prohibiciones nupciales para evitar a través de ellas la propagación de determinadas enfermedades a la prole.⁸

⁵ *Ibíd.*

⁶ JAIL, Julián Emil. "Acerca del sustento epistemológico de las enfermedades comprendidas en los impedimentos matrimoniales eugenésicos". Doctrina. ED 241-653. Pág. 1

⁷ *Ibíd.* Pág 1

⁸ *Ibíd.* Pág 1

Con sustento en esta nueva disciplina, los sistemas jurídicos incorporan diversas disposiciones prohibitivas, *cuya particular característica radica en la multiplicidad de enfermedades que fueron comprendidas dentro de esta concepción eugenésica.*⁹

EL CASO DEL SIDA

Cabe comenzar por señalar la difícil adecuación de una enfermedad nueva a normas que tuvieron fundamentalmente en cuenta la sífilis y la blenorragia, que eran entonces los males que se deseaba combatir, así como la ya arcaica terminología de la ley, pues actualmente no se habla de enfermedades venéreas sino de enfermedades de transmisión sexual. Por lo demás, la ley se refiere a enfermedades que tienen un periodo de contagio, es decir, que o bien son curables o que, si de hecho no son curables, continúan su evolución interna sin que haya ya posibilidad de transmisión sexual. En consecuencia, parece razonable excluir al SIDA de la aplicación de las leyes de profilaxis antivenérea, no solo porque ellas no entendieron crear un impedimento perpetuo sino también por la manifiesta inutilidad de la legislación en juego frente a las costumbres actuales, lo que no aconseja su ampliación por vía de analogía ¹⁰

IMPEDIMENTOS IMPEDIENTES EUGENÉSICOS

Los impedimentos impeditivos eugenésicos prohíben la unión matrimonial entre personas afectadas por enfermedades puntualmente determinadas en la legislación. La cuestión queda centrada por la legislación argentina dentro de las llamadas enfermedades venéreas, según el art. 13 de la ley 12.331.¹¹

⁹ *Ibidem*. Pág 1

¹⁰ BELLUSCIO, Augusto César. 2013. *Manual de Derecho de Familia*. 987-950-20-2213-0. Buenos Aires : Abeledo Perrot, 2013.

¹¹ SARLO, Rubén Mario. "Afectados de Sida y posibilidad de contraer matrimonio civil". LA LEY. 13/02/92, LA LEY S.A.E. e I., Id Infojus: DACA920154

La Ley 12.331 del año 1936, establece que no pueden contraer matrimonio, personas afectadas de enfermedades venéreas en período de contagio.

ARTICULO 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 los 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 enfermedades venéreas en período de contagio.*¹²

Por lo que respecta a las personas infectadas de SIDA, el problema se torna complejo: ¿Se encuentran contempladas en los supuestos del artículo 13? ¿Pueden celebrar un matrimonio válido? Las respuestas a estas tres cuestiones son diversas según la fuente de análisis del problema: de una postura severa o de una actitud benigna.

POSICIONES DOCTRINARIAS

DOCTRINA QUE CONSIDERA AL SIDA COMO IMPEDIMENTO MATRIMONIAL

La respuesta afirmativa fue dada por quienes sostuvieron su carácter de impedimento, quienes fundamentaron su postura de la siguiente manera: La ley 23.798 declara de interés nacional la lucha contra el SIDA, incluyendo las medidas tendientes a evitar su propagación. Frente al vacío legal, la jurisprudencia debe llenarlo dando preeminencia al interés social, impidiendo el matrimonio entre infectados del SIDA.¹³

Por sobre todas las cosas debe protegerse el derecho a la integridad física, psíquica y moral (art. 5º, inc. 1º, C. A. D. H.) --comprensivo del derecho a la vida (art. 4º, inc. 1º, C. A. D. H.)-- de

¹² SALUD PÚBLICA. *Profilaxis de Enfermedades Venéreas*. LEY 12.331. (Publ. 11/01/1937)

¹³ SARLO, Rubén Mario Op. Cit. Pág 1

los futuros descendientes quienes de lo contrario tendrán, de acuerdo a los estudios actuales, un 50 % de probabilidades de infectarse con la mortal enfermedad. La sanidad pública y la protección de la familia y la descendencia son razones más que suficientes para justificar el impedimento cuya creación propiciamos.¹⁴

Los legisladores deben urgir la solución definitiva del tema, y mientras tanto los jueces deben asumir la responsabilidad de controlar el vacío legal mediante la elaboración del derecho vivo que emana de las sentencias.¹⁵

Silvio Botero, redentorista colombiano, 'doctor egresado' de la Academia Alfonsiana, teólogo moralista, ha manifestado que en cuanto a la celebración del matrimonio, la persona infectada de Sida está obligada en conciencia, so pena de celebrar un patrimonio nulo, a informar a la novia (novio) la situación personal de su salud, comunicándole que es una persona seropositiva. Arriesgarse a un tal matrimonio con persona en estas condiciones es un atentado contra la propia salud, contra la vida; excusaría del riesgo del pecado un acto de heroísmo a favor de la persona enferma.¹⁶

Fratallone afirma que el derecho canónico no prevé como impedimento del matrimonio la infección del Sida. Por lo que se refiere a la relación conyugal entre esposos, uno de ellos o ambos seropositivos, la norma moral urge no contagiar al otro(a), no arriesgar la salud propia. Ciccone, analizando el caso de los esposos (uno enfermo y el otro no), considera como un atentado contra la vida del cónyuge sano, pretender la relación conyugal; argumenta afirmando que la relación sexual en estas circunstancias se convierte en "germen de muerte".¹⁷

¹⁴ MOSQUERA, Gerardo Raúl Op. Cit. Pág 2

¹⁵ SARLO, Rubén Mario. "Afectados de SIDA y posibilidad de contraer matrimonio civil. Delicada tarea de la jurisprudencia ante el vacío legal". LA LEY 1993-1. 1124. Cita online: AR/DOC/17907/2001

¹⁶ BOTERO, Silvio. "Hacia una antropología teológica de la sexualidad. En búsqueda de una nueva comprensión" 1994. s.l. : San Pablo. ED.9

¹⁷ Ibídem

FALLO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE WISCONSIN

La Corte Suprema de Wisconsin (Estados Unidos) ha dicho que la sociedad tiene derecho a protegerse de sí misma, a la par que le incumbe el derecho de amparar a sus miembros contra un destino peor que la muerte, por lo cual está facultada para impedir las nupcias de personas atacadas de enfermedades repugnantes y hereditarias susceptibles de ser transmitidas al otro cónyuge o a la descendencia, o a uno y otra.¹⁸

La Postura de la Corte Suprema de Justicia Estatal de Wisconsin es la siguiente: En su pronunciamiento se adjudica el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (**SIDA**) la condición de supuesto integrante de la categoría de los “impedimentos matrimoniales de carácter impediendo y de índole eugenésica”. En tal orden de ideas se expresó el referido alto tribunal estatal entendiendo que la sociedad humana cuenta con un derecho inviolable de autoprotección y, a la vez, de preservación de sus integrantes, dimanando de ello la facultad estatal de vedar los matrimonios de personas afectadas por enfermedades que representan lo inexorable de un destino porque óbito y pasibles de ser transmitidas al otro pretendiente a contraer enlace, a la descendencia posible o a ambos extremos a la vez.¹⁹

DOCTRINA INTERMEDIA

En contra, Borda, Sambrizzi y Perrino, pese a considerar al SIDA como una enfermedad venérea por ser su principal fuente de transmisión la sexual, niegan que constituya un impedimento porque su carácter de incurable determina que no exista un “periodo de contagio”. Lo contrario, afirman, implicaría la supresión absoluta y perpetua del derecho a casarse.²⁰

¹⁸ Corte Suprema de Wisconsin, 157 Wis., 641, 52 L.R.A. The Lawyers Reports Annotated, 778

¹⁹ MQ.F y otros. Op cit.

²⁰ BELLUSCIO, Augusto César. Op. cit. P. 235

DOCTRINA NEGATORIA DEL SIDA COMO IMPEDIMENTO MATRIMONIAL

Expuestos los fundamentos de las doctrinas discrepantes con la postura sostenida en este trabajo, fácil resultará advertir su inconsistencia.

MARCO LEGAL

Antes de introducir al lector al análisis de la doctrina que sustenta la hipótesis de que el SIDA no conforma un impedimento matrimonial, resulta conveniente, aunque sea en forma breve, hacer algunas referencias al marco legal que a tal efecto resulta relevante.

DECLARACION UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

ARTÍCULO 16

- 1. Hombres y mujeres con mayoría de edad, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia. Disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en su disolución.*
- 2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.*
- 3. La familia es la unidad fundamental y natural de grupo de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.²¹*

En otras normativas la Declaración, bajo análisis, cierra el camino a las discriminaciones en general (disposiciones 2 y 7) y a las injerencias arbitrarias en la vida privada (cláusula 12).

²¹ONU. Declaración Universal de los Derechos Humanos. 2008

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA

La Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica es terminante al respecto al señalar que *"se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio"*, además de pronunciarse expresamente en contra de legislaciones nacionales que pudieran afectar con sus contenidos "al principio de no discriminación establecido en esta Convención".

Esta Convención contiene la consideración de los derechos implícitos, recomendando en su cláusula 29 --reservada a "Normas de interpretación"-- que *"ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de... b) Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) Excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza"*.²²

PACTO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS CIVILES Y POLITICOS

ARTÍCULO 23:

- 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.*
- 2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.*
- 3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.*

²² M.Q, F y otra. Op. Cit.

4. *Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.*²³

PRINCIPIO DE IGUALDAD

El principio de **igualdad** tal y como ha sido entendido por el Derecho Constitucional, hace que todos los hombres deban ser tratados igualmente por el Estado en cuanto a lo que es esencialmente igual en todos ellos, esto es, en los llamados derechos fundamentales que están contemplados en nuestra Constitución, que son el corolario de la dignidad humana.²⁴

El renombrado jurista y ex presidente de la Corte Suprema de Justicia Federal Argentina doctor Marco A. Risolía ha señalado en toda su extensa latitud el compromiso estatal en esta materia al afirmar "que la protección de la familia y, consecuentemente, de la maternidad, es una obligación imperiosa del Estado" (expresiones de su voto en el caso "Maiorca de Mingrone", en "Fallos", t. 268: 159 y sigts.).²⁵

FUNDAMENTOS

EL IMPEDIMENTO ES VIOLATORIO DE DERECHOS CONSTITUCIONALES

El prestigioso Bidart Campos, con su reconocida autoridad científica, sostenía que "hablar del derecho de contraer matrimonio significa apuntar a la libertad jurídica de emplazar el respectivo estado de familia. Es decir, no se trata de que el Estado reconozca a los hombres la libertad (de

²³ *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. 1976

²⁴ *ALEXIS VARGAS CARDENAS contra MARVIN MATTHEWS EDWARDS y otros*. San José. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. 2246-C-90. 1991 .

²⁵ M.Q, F y otra. Op. Cit.

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 de los contrayentes con todas las relaciones personales y patrimoniales que de ese estado derivan, para ellos, para sus hijos, y para sus parientes" ²⁶

Un impedimento para contraer matrimonio entre personas portadoras del virus HIV o entre una persona sana y otra portadora, viola el principio de igualdad y atenta contra la libertad individual y el derecho a casarse; derechos todos que se hallan amparados por normas constitucionales e internacionales.

De lo anterior se desprende que al no autorizar dicho matrimonio, se estaría cometiendo un acto discriminatorio según la ley 23.592 y violatorio de los derechos humanos. ²⁷

Ninguna persona afectada por el síndrome de inmunodeficiencia adquirida 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 inaceptable por contraproducente en referencia a la doctrina básica de los derechos humanos. ²⁸

Por lo cual, el impedir a los portadores de SIDA casarse. a) Es violatorio al derecho natural a casarse y constituye un impedimento absoluto y permanente ya que esta enfermedad no tiene cura y siempre se está en el período de contagio. Ello implica que el seropositivo no podría contraer nunca el matrimonio con ninguna persona. b) El Sida no puede ser un impedimento absoluto para contraer matrimonio porque ello va en contra de los derechos humanos y de las

²⁶ BIDART CAMPOS, Germán J. *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*. ED. 1. Buenos Aires. Espacio, 1995. 272 p.

²⁷ SARLO, Rubén Mario. 1991. Op cit. Pág 1

²⁸ M.Q, F y otra. Op cit.

convenciones internacionales ratificadas por nuestro país a las que la legislación privada positiva Argentina remite específicamente.²⁹

En conclusión se repudia toda clase de discriminación por enfermedades, en especial por el SIDA y se recomienda que las políticas y legislaciones sobre el tema deben fundarse en la información, la educación, y la responsabilidad y deben ser interpretadas teniendo en cuenta que en ningún caso puede a) afectar la dignidad de la persona b) producir cualquier efecto de marginación, estigmatizasen degradación o humillación.³⁰

EL SIDA NO ES UNA ENFERMEDAD VENEREA

Roberto Campos afirma que esta enfermedad, si bien puede ser contraída mediante el contacto sexual, no queda encuadrada dentro del concepto de enfermedad venérea. Es decir, su contagio no sólo se limita a la vía sexual, sino que se extiende a numeradas formas de transmisión:

FORMAS DE TRANSMISIÓN

Conforme con informes oficiales del Ministerio de Salud, existen tres grandes vías de contagio. Se dividen en grupos 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 tienen diferente capacidad de infectar, y es posible que una sola relación no alcance --en todos los casos-- para producir su contagio. En el supuesto de relaciones vaginales son menos aptas para el contagio debido a la ausencia de traumatismo, ello debido a que es un órgano adaptado para la sexualidad. Su mucosa tiene escasa capacidad de absorción y la acidez del medio vaginal dificulta la supervivencia del virus.³¹

²⁹ MEDINA, Graciela. *La discriminación por enfermedades. El caso del sida. Período de contagio*. Revista LA LEY (ACTUALIDAD). Nro. 248, pág 1. Id Infojus: DACC940078

³⁰ MEDINA, Graciela. Op cit. Pág 2

³¹ SARLO, Rubén Mario. 1993. Op cit. Pág 2

En sangre existen diversos mecanismos, y deben destacarse 5 especialmente: a) compartir agujas y jeringas: hecho habitual entre adictos a drogas inyectables quienes al utilizar una sola jeringa y aguja entre varios se inoculan pequeñas cantidades de sangre entre ellos; b) las transfusiones de sangre: especialmente se han detectados casos en sangre donada, lo que obliga a extremar los controles al respecto; c) transfusiones de concentrados de factores de coagulación (para hemofílicos por ejemplo); d) en operaciones de trasplante de órganos o injerto de tejido, y e) en hemodiálisis.³²

En cuanto a la transmisión madre-hijo, ella puede producirse en la madre portadora durante el embarazo por infección placentaria, durante el parto por contacto con sangre o secreciones vaginales o por medio de la lactancia. De todas formas, los hijos de madres portadoras padecen la infección en él 50 % de los casos, ignorándose por qué todos los niños no se infectan.³³

ACCIONAR DEL ESTADO

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 la mayoría de los casos, estas dolencias no se heredan ni contagian.*³⁴

*La limitación existente en la actualidad dentro del 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.*³⁵

³² Íbidem

³³ MOSQUERA, Gerardo Raúl. Op cit. pág 1

³⁴ JAIL, Juan Emil. Op cit.

³⁵ Íbidem.

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.³⁶

EL SIDA NO SE MENCIONA EXPRESAMENTE ENTRE LOS IMPEDIMENTOS MATRIMONIALES

Ha dicho Roberto Daniel Campos: “Sabido es que los impedimentos matrimoniales están taxativamente numerados en el Código Civil y que no pueden ser ampliados por vía interpretativa. La falta de una norma expresa que impida el matrimonio de infectados de SIDA posibilita que una persona que se encuentre afectada por esta enfermedad celebre las nupcias”

Por lo tanto, respetando el artículo 19 de la Constitución Nacional, que establece que *“ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”*³⁷, sería inconstitucional prohibir el matrimonio por un impedimento no mencionado en la ley.

FALLO MALDONADO QUIROGA

Los casos llegados a la sede judicial agregan un "plus" a esta afirmación. Un fallo que enaltece a la justicia argentina y con amplio reconocimiento internacional en donde indudablemente pesaron las opiniones de organizaciones de derechos humanos y que constituye un precedente valioso y original en el plano mundial, es el caso “Maldonado Quiroga”.³⁸

³⁶ Íbidem.

³⁷ *Constitución Nacional Argentina*, Buenos Aires, 1853

³⁸ MEDINA, Graciela. Op. Cit. pág 2

Así, un juez de Mar del Plata hizo lugar a un amparo interpuesto por dos personas (una mujer y un hombre) infectados por el virus HIV, uno de ellos detenido en la unidad carcelaria XV, ubicada en Batán, provincia de Buenos Aires, y los autorizó para celebrar matrimonio.

El juez fundamentó su sentencia en una estricta aplicación de aquella ley, dado que el SIDA no está tipificado en ella como impedimento matrimonial.

Entendió que la enfermedad no era un impedimento encuadrable en la ley 12.331 e invocó el derecho constitucional a celebrar matrimonio, previsto también en los tratados internacionales.

Asimismo consideró aplicable el artículo 19 de la Constitución en el sentido de que lo que no está expresamente prohibido, debe reconocerse como legítimo.

Sintéticamente, este fallo publicado en LA LEY, 1991-D, 464, expresa el derecho reconocido por el Estado, de una persona para contraer matrimonio conforme nuestra ley civil. Lo califica como un acto de plena libertad que debe ser reconocido jurídicamente. Que existen impedimentos eugenésicos que prohíben la unión matrimonial entre personas afectadas por enfermedades que se encuentran contempladas en la legislación nacional. Queda centralizado el tema en las llamadas enfermedades venéreas en los términos del art. 13 de la ley 12.331 (Adla, 1920-1940, 703). Y la cuestión central radica en que el SIDA no cabe bajo la tipificación de dicha norma y por ende no configura impedimento matrimonial alguno. Asimismo, el magistrado estimó de aplicación la norma del art. 19 de nuestra Constitución Nacional ya que si ello no está prohibido expresamente debe reconocerse como legítimo y factible el derecho a casarse, por más que todos conozcamos lo que ello significa: entramos --a nuestro criterio expositivo-- en el terreno de la propagación legitimada de la enfermedad de SIDA.³⁹

³⁹ SARLO, Rubén Mario. 1993. Op. Cit. pág. 3

EL IMPEDIMENTO CARECE DE SENTIDO PROFILÁCTICO

OBJETIVO DE LA LEY 12.331

Jiménez de Asúa en su comentario de Adla, 1920-1940, 703 y sgtes., sintéticamente nos dice que la ley antivenérea persigue como finalidad primordial el resguardo y preservación del contagio a las personas sanas y el fin eugenésico de preservar la raza, o sea librar al fruto de las uniones de las consecuencias de males venéreos de los progenitores, a la par que dominar y combatir la infección de aquellos que ya están enfermos.⁴⁰

INEFICACIA DE LA LEY 12331

Es preciso señalar que la legislación de profilaxis antivenérea responde a las condiciones sociales de la época en que fue dictada, pero se muestra desactualizada y hasta ridícula tras el profundo cambio producido en las costumbres en las últimas décadas del siglo XX. En efecto, ha pasado a ser lo habitual que se tengan relaciones sexuales y aun se conviva antes de la celebración del matrimonio. En esas condiciones, las nupcias no aumentan ni disminuyen el riesgo de contagio de enfermedades de transmisión sexual.⁴¹

Con el solo hecho de impedir el matrimonio no se evita la unión sexual, que la pareja puede mantener de todas formas, ni la descendencia. Lo único que trae aparejado el impedimento es colocar al cónyuge o a la pareja al margen de la ley y del derecho, con lo cual serán concubina en vez de esposa y de morir el sidoso no lo heredará y su prole será extramatrimonial y si el

⁴⁰ Ibidem.

⁴¹ BELLUSCIO, Augusto César. Op cit.

enfermo muere antes de que el hijo nazca, deberá no sólo cargar con el estigma de su mal sino también con las correspondientes acciones de filiación.⁴²

En definitiva si la solución buscada es proteger al cónyuge sano, no se logra con el impedimento de contraer matrimonio, porque el contagio no proviene del matrimonio, sino de las relaciones sexuales y éstas existen al margen del casamiento.⁴³

Esta enfermedad no puede verse comprendida en un impedimento basado en argumentos eugenésicos ni para evitar el contagio en la concepción, ya que los mismos solo son eficaces, 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.⁴⁴

Al margen, cabe mencionar la existencia de métodos profilácticos que impiden la propagación del virus, como el preservativo, que constituyen un elemento vital para la prevención y la educación sobre el SIDA.

EL CERTIFICADO PRENUPCIAL

El certificado prenupcial es exigido por la ley 12.331 para asegurar que no se violen los impedimentos que ella crea. Constituye una diligencia previa al matrimonio para dejar constancia de que el potencial cónyuge no se encuentra afectado por ninguna de las enfermedades venéreas que contempla dicha ley. Más allá de que resulte interesante investigar

⁴² MEDINA, Graciela. Op cit. pág 3

⁴³ Íbidem

⁴⁴ JAIL, Juan Emil. Op. cit

esta cuestión, su discusión no se encuentra incluida dentro de los alcances del presente trabajo, por lo que se limita meramente a mencionarlo.

CONCLUSIÓN

El Sida no constituye un impedimento matrimonial, y con relación a él la finalidad legislativa carece de eficacia debido a la ausencia de tratamiento médico curativo y al carácter contagioso durante toda la enfermedad.

No se encuentra expresamente mencionado en la legislación como impedimento matrimonial, por lo tanto hacer una aplicación analógica de los impedimentos taxativamente enumerados significaría dejar de respetar el espíritu de la ley y extender la facultad de los jueces mas allá de lo que ella faculta.

Asimismo, no puede el legislador establecer un impedimento perpetuo por ser violatorio de principios y derechos constitucionalmente reconocidos y amparados por Convenciones Internacionales. Puede afirmarse sin hesitar que la persona infectada con el virus de inmunodeficiencia humana tiene derecho, como el resto de las personas, a contraer matrimonio civil y emplazarse en el estado de familia sin ningún tipo de prohibiciones.

Finalmente, y no por eso menos importante, cabe destacar que incluir al enfermo de SIDA entre las personas inhabilitadas para celebrar matrimonio civil en miras de evitar la propagación del virus fracasa; si se tiene en cuenta que dado el cambio en las costumbres de la sociedad, prohibir tal acto no lograría impedir que las personas enfermas concreten relaciones sexuales. Es decir, el objetivo de la ley de Profilaxis Antivenérea se vería insatisfecho al carecer el impedimento de sentido profiláctico.

Por todo lo expuesto, puede decirse que se ha corroborado la hipótesis planteada en el presente trabajo, cumpliendo así el objetivo propuesto.

POSIBLES LINEAS DE INVESTIGACION FUTURA:

Se omite el desarrollo de la necesidad y la función del examen prenupcial, por entender que se extiende más allá de lo que la investigación pretende involucrar.

Bibliografía

Acerca del sustento epistemológico de las enfermedades comprendidas en los impedimentos matrimoniales eugenésicos. **Jalil, Julian Emil.**

Afectados de Sida y posibilidad de contraer matrimonio civil. **Sarlo, Ruben Mario. 1992.** s.l. : LA LEY SAE, 13 de febrero de 1992, LA LEY.

Afectados de Sida y posibilidad de contraer matrimonio civil. Delicada tarea de la jurisprudencia ante el vacío legal. **Sarlo, Ruben Mario. 1993.** s.l. : LA LEY S.A.E, 1993, LA LEY.

Argentina, Constitucion Nacional. 1853. 1853.

Belluscio, Augusto César. 2013. *Manual de Derecho de Familia.* Buenos Aires : Abeledo Perrot, 2013. 987-950-20-2213-0.

Bidart Campos, German. J. 1988. *Tratado elemental de derecho constitucional argentino.* Buenos Aires : s.n., 1988. pág. 314.

Bolaños, Magistrado Castro. 1991. *ALEXIS VARGAS CARDENAS contra MARVIN MATTHEWS EDWARDS y otros.* 2246-C-90, San José : SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 1991.

Botero, Silvio. *Hacia una antropología teológica de la sexualidad. En búsqueda de una nueva comprensión.* s.l. : San Pablo.

Campos, Roberto Daniel. 2014. *Sida.* Buenos Aires : s.n., 2014.

2008. Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU. 2008.

El SIDA como impedimento del matrimonio civil. **Mosquera, Gerardo Raúl. 1992.** s.l. : LA LEY, 1992.

La discriminación por enfermedades. El caso del sida. Período de contagio. **Medina, Graciela. 1993.** 248, s.l. : LA LEY S.A.E, 30 de diciembre de 1993, pág. 1.

1991. *M.Q, F. y otra.* Mar del Plata : Juzgado Civil y Comercial N5, 30 de Septiembre de 1991.

1976. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 23 de marzo de 1976.

WIKIPEDIA. WIKIPEDIA. [En línea] [Citado el: 11 de Septiembre de 2014.]
<http://es.wikipedia.org/sida>.

Zuccherino. 1991. Mar del Plata : 1 Instancia Tribunal Civil y Comercial, 1991. con nota aprobatoria de BIDART CAMPOS, Germán, "La enfermedad de sida no es impedimento matrimonial".