

EL MATRIMONIO Y LOS PROBLEMAS JURIDICOS DE LA EUGENESIA

SUMARIO: 1. Crisis del derecho de familia. 2. El matrimonio civil y la eugenesia. 3. Las tendencias eugénicas y la doctrina católica. 4. La legislación comparada, las leyes 11.359 y 12.331, y la derogación del impedimento de lepra por la ley 17.711. 5. El impedimento de enfermedad venérea en período de contagio (art. 13, ley 12.331). 6. El certificado médico prenupcial. 7. Bibilioni y el proyecto de reforma de 1936. 8. El matrimonio contraído en violación del impedimento de enfermedad venérea en período de contagio.

1. CRISIS DEL DERECHO DE FAMILIA

Instituciones fundamentales de derecho público y privado evolucionan ante nuestros ojos y adquieren nuevas formas bajo la presión incoercible de fuerzas sociales transformadoras. La ciencia, la técnica y la doctrina modernas influyen decisivamente en la producción de estos cambios en la esfera del derecho. Se explica que se hable con insistencia de la crisis del derecho civil, en cuanto con ello se apunta a la aparición de normas jurídicas determinadas por necesidades, problemas y doctrinas de la vida contemporánea que, lógicamente, no han debido inquietar a los legisladores de otras épocas.

Es innegable, para referirnos de modo particular al derecho privado, que la legislación de las últimas décadas, en los países de occidente, ha atenuado con ritmo creciente los caracteres fuertemente individualistas que daban fisonomía propia a las instituciones de la familia, la propiedad y el contrato, ordenadas conforme a los principios doctrinarios de la revolución francesa y que, a través del código Napoleón, habían pasado a la mayoría de los códigos de Europa y América (1).

(1) FORNIELES, *La crisis del Derecho Civil*, en *Cuestiones de Derecho Civil*, Bs. As., 1944, t. 1º, p. 80.

Sin duda, la pérdida de cohesión de la familia analizada por juristas y sociólogos, es un signo característico de la época debido a múltiples causas políticas y económicas que no es el caso enumerar ahora. La facilidad y extensión con que se acuerda el divorcio en numerosos países, como el sucedáneo de la nulidad de matrimonio, recuerdan esa especie de poligamia sucesiva a la que aludía Vélez Sársfield. Los poderes del marido sobre la mujer y los hijos han disminuido notablemente al punto de que su contenido ha quedado vaciado de su antiguo sentido de derecho subjetivo para convertirse en realidad en puros deberes de protección y, sobre todo, de educación de los hijos. Por otra parte, la mujer se emancipa y conquista la plenitud de sus derechos civiles y políticos, en tanto se pierden las diferencias de condición entre los hijos legítimos e ilegítimos, al extremo de que algunas constituciones, como la de Cuba de 1940, elimina todo dato sobre la filiación prohibiendo que en las actas de nacimiento se anote el estado civil de los padres.

No obstante las tendencias disgregantes producidas después de la primera guerra mundial, que en el régimen comunista ruso asumió caracteres extremos —aunque últimamente se ha operado más de una reacción favorable al respecto de instituciones que son consubstanciales con la existencia y dignidad de la persona humana—, se comprueba en todas las naciones que integran la civilización de occidente un intenso movimiento dirigido a proteger y favorecer la constitución y estabilidad de la familia (2). Puede decirse que la Constitución de Weimar de 1919, de la república alemana, sirvió de modelo a las constituciones posteriores dictadas en los últimos 30 años en las que se han incorporado preceptos mediante lo cuales la familia se coloca bajo la especial protección del Estado. Tales, por ejemplo, la de Chile de 1925, la griega de 1927, la del Ecuador de 1929, la de Brasil de 1934 y la de Irlanda de

(2) PLANIOL, RIPERT y LE RIVEREND BRUSONE, *Tratado de D. Civil Francés*, La Habana, 1939, t. 2, pág. 10.

RÉBORA, *Instituciones de la Familia*, Bs. As., 1945, t. 1, pág. 483.

1937. De este modo quienes han estudiado la trayectoria histórica de la organización familiar observan la traslación incesante de sus normas de orden doméstico al derecho privado y del derecho privado al derecho público. Mucho antes de traducirse ello en cláusulas constitucionales, el profesor de la Universidad de Bolonia, Antonio Cicu, había observado con singular agudeza en un análisis doctrinario de la relación jurídica familiar, la analogía entre el derecho público y el derecho familiar, fundado en una común característica, que no acontece en las relaciones privadas: se tiene unidad y no antítesis de intereses, por lo cual en las relaciones de familia la voluntad respondería a un interés superior que se establece imperativamente frente a los individuos (³).

2. EL MATRIMONIO CIVIL Y LA EUGENESIA

Nos detendremos a considerar de una manera un tanto esquemática un aspecto de este movimiento doctrinario y legislativo. Es el que se relaciona con la eugenesia y tiende a preservar la salud de la especie humana con sanciones jurídicas destinadas a evitar la transmisión de enfermedades hereditarias. En rigor, las leyes de este género han modificado las normas vigentes del matrimonio civil al incidir sobre los requisitos previos a su celebración, la aptitud biológica de los contrayentes, el régimen de los impedimentos y las causas determinantes de su nulidad.

La eugenesia se propone el mejoramiento y conservación del hombre y la mujer merced al conocimiento de los mecanismos de la herencia que descubrió el célebre naturalista y biólogo fray Gregorio Mendel. Pero el fundador de esta disciplina es el antropólogo y filósofo inglés Francisco Galton, para quien el objeto de la misma consiste en "el estudio de los factores sociales que pueden mejorar o debilitar los caracteres he

(³) Cicu, *El Derecho de Familia*, Ediar, Bs. As. 1947, pág. 443.

reditarios de las generaciones futuras". La palabra "eugenesia" proviene de dos voces griegas: eu, que significa bueno, y genesis, derivada de genes, que ha originado el verbo engendrar; por tanto, significaría engendrar bien. Díaz de Guíjarro define la eugenesia jurídica diciendo que es "la rama del derecho que protege la salud como bien jurídico y procura el mejoramiento físico racial e individual" (4).

En los pueblos de la más remota antigüedad existían ya prácticas eugénicas. Los brahmanes mataban o abandonaban a los niños que después de dos meses de nacidos les parecían de mala índole. El Código de Manú prohíbe contraer matrimonio a los miembros de familias enfermas y a las personas taradas. Las leyes hebraicas prohibían la nupcias de epilépticos, alcohólicos y tuberculosos. Los espartanos mataban a los recién nacidos enfermos, degenerados o mal conformados, por considerarlos una carga inútil para el Estado. La ley romana de las XII Tablas autorizaba al padre a dar muerte al hijo deforme (5).

La doctrina cristiana en defensa de la persona humana ha reprobado estas costumbres primitivas y bárbaras contrarias al mensaje de redención y de amor del evangelio de Cristo.

La ley 2ª, título XX de la Partida 2ª con su expresivo y peculiar lenguaje contiene preceptos eugénicos de trascendente significado: "Y eso mismo dijeron de los que fuesen embargados de compliñón o de enfermedad, porque no pudiesen hacer linage. Ca esos tales magüer casasen con sazón, perderían su tiempo porque no habría ninguno de ellos, aquello que conviene al casamiento. Porenden entendiendo que estas cosas embargan mucho hacer linage, esquivaronlas y buscaron otras, porque mejor podría ser hecho; así como se pudo dijimos, de

(4) DÍAZ DE GUIJARRO, *Matrimonio y Eugenesia*, Bs. As., 1944, págs. 11 y 12.

(5) JIMÉNEZ DE ASÚA, *Libertad de amar y derecho a morir*, Losada, Bs. As., 1946, 6ª ed., págs. 23 y sigtes.

CARLOS BERNALDO DE QUIRÓS, *Eugenesia Jurídica y Social*, 1943, Bs. As. t. 1, págs. 19 y sigtes.

casar con tiempo; y la otra, que fuesen ambos sanos o de buena complissión. Y otro si, que fuesen ambos hermosos si pudieser ser, o al menos la mujer. Y sobre todo que se quisiesen bien. Y esto es cosa que vence todas las otras cosas. Y sin todas estas, cataron aun otra cosa de que viene gran peligro: esto fué que el marido no se llegase a la mujer en tal sazón, que por culpa del padre o enfermedad de la madre, naciesen los hijos ocasionados; que si entonces fuesen hechos nacerían enfermos, de manera que mejor les fuese la muerte que la vida.”

Jiménez de Asúa recuerda a los escritores españoles de los siglos XVI y XVII que abordaron el problema eugénico, en quienes se advierte la influencia de la doctrina de Platón expuesta en el libro V de la República (6). Trae las opiniones de Huarte de San Juan, Oliva Sabuco de Nantes, Pedro López Montoya, Marcos Antonio de Camos y el Dr. Mercado (7). Pero en particular subraya el interés de los comentarios del padre Mariana, por el sentido eugénico que los anima, cuando en su famosa obra *De Rege et Regis Institutione*, expresa: “Es a menudo culpa nuestra que nazcan los niños con depravada índole. Nos casamos sin que influya en la elección de nuestras esposas más que el encanto de la hermosura, o la cuantía de su capital o de su renta, sin advertir que nos hacemos de peor condición que los jumentos y los ganados, para cuya propagación cuidamos de que cubra siempre la hembra un ser de la misma especie, pero de más noble y pura raza. ¿Quién procuró jamás, con el ahinco que exige la importancia del asunto, que intervengan en nuestros enlaces ciudadanos de rectas costumbres, excelente ingenio y buena índole? Este es el único medio aplicable a nuestra enferma y abatida república y a nuestras costumbres, corrompidas por el vicio y la infamia de tantos ciudadanos” (1595, lib. I, cap. I).

Sin duda ninguna las crueles y sanguinarias prácticas primitivas repugnan a la moral cristiana, de tal manera que no

(6) PLATÓN, *La República*, Nueva Biblioteca filosófica, Espasa-Calpe, Madrid, 1928, t. 21, pág. 195.

(7) JIMÉNEZ DE ASÚA, *ob. cit.*, pág. 25.

podrían revivir en un mundo civilizado que respete la integridad de la persona humana, y se afiance sobre los principios espirituales de la caridad y de la solidaridad social. Así es como no todos los medios ideados por el eugenismo para el mejoramiento del conjunto humano son aceptables desde el punto de vista ético, pues existen algunos que constituyen verdaderas aberraciones y son contrarias a la esencia y dignidad de la persona humana.

Desde ya es menester anotar que los regímenes profilácticos que introducen el impedimento de enfermedad o el certificado prenupcial o la declaración jurada de no estar enfermo, son ajenos en absoluto a determinadas estructuras estatales. Como lo observa Díaz de Guijarro, con innegable razón, “le da vigor una superior substancia universal y humana, que es excluyente de toda doctrina política”. Y es que la eugenesia no es racismo, a pesar de que éste se sirviera de aquélla para satisfacer algunos de sus dogmas políticos. Conforme lo indica este autor, en su documentada y sistemática obra *Matrimonio y Eugenesia*, la comprobación de que la eugenesia es extraña a las concepciones políticas, está en el origen y universalidad de la legislación que, plena o parcialmente, obligatoria o voluntariamente, supedita la celebración de las nupcias a la inexistencia de enfermedades (⁶).

3. LAS TENDENCIAS EUGENICAS Y LA DOCTRINA CATOLICA

La eugenesia, tanto en el orden matrimonial como en sus aplicaciones generales, presenta dos tendencias o sistemas: la una, negativa; la otra, positiva. La primera es repudiable porque no persigue en realidad el mejoramiento humano y actúa por medio de la esterilización, las prácticas anticoncepcionales, el aborto, el infanticidio y la eutanasia. En cambio, la segunda, es plausible por sus elevados objetivos y obra median-

(⁶) DÍAZ DE GUIJARRO, *ob. cit.*, pág. 67.

te el cuidado prenatal y postnatal de la madre y del hijo, la higiene de la pubertad, el examen prenupcial, el impedimento matrimonial por enfermedad hereditaria o contagiosa, la higiene social, la cultura física y moral, la educación sexual y la profilaxis.

Se vincula con esta materia un problema de la mayor importancia, y es el relativo a la libertad de casarse, que tanto en el dominio filosófico como en el plano religioso se lo considera como un derecho natural inalienable e inherente a la personalidad humana. Empero, dentro del orden civil, no hay derechos absolutos, y desde tal punto de vista, el Estado puede limitar y condicionar tal derecho.

Teólogos eminentes han señalado las consecuencias desastrosas del matrimonio de alcoholistas, sifilíticos y toxicómanos, advirtiendo la responsabilidad ante Dios y la posteridad por la procreación efectuada sin conciencia por enfermos e irresponsables (^{8 bis}).

El abate Dermine, en abril de 1940, en el Congreso de la "Association du Mariage Chretien", reunido en Marsella, sostuvo que la moral cristiana no hace más que interpretar la

(^{8 bis}) BERTRAND RUSSELL, en *Matrimonio y Moral*, Bs. Aires, 1956, págs. 181, 185 y ss., dice: "los conservadores norteamericanos sostienen que el carácter de una persona mayor se debe principalmente a características congénitas, mientras los radicales afirman, por lo contrario, que la educación es todo y la herencia nada. No puedo estar de acuerdo con ninguna de estas posiciones extremas ni con la premisa que comparten y da lugar a prejuicios opuestos". A propósito de la eugenesia —agrega— "se ha escrito una masa verdaderamente excepcional de cosas sin sentido", aunque opina que las medidas esterilizadoras deberían limitarse en forma estricta a las personas mentalmente deficientes. Sin embargo, no está de acuerdo con leyes como las de Idaho que autorizan la esterilización de "deficientes mentales, epilépticos, criminales habituales, degenerados morales y perversos sexuales". Las dos últimas categorías son aquí muy vagas, y distintas comunidades las determinarían de forma distinta. Observa que la ley de Idaho habría justificado la esterilización de Sócrates, Platón, Julio César y San Pablo, y concluye: "en todos estos asuntos es muy riesgoso legislar antes que la ciencia haya llegado a conclusiones estables que hubieran permanecido incommovibles durante varias décadas, porque de otro modo quedan incorporadas a la legislación falsas ideas con las cuales se encariñan en consecuencia los magistrados, con el resultado de que la aplicación práctica de ideas mejores se retarda grandemente". No oculta, por lo de-

ley natural e impone a los esposos el riguroso deber de asegurar a su descendencia toda la pureza y la salud requeridas. “La naturaleza, dijo Santo Tomás, no ha tenido solamente en vista la vida de la raza, sino también su perfección”. Por eso, se explica que católicos militantes no incluyan el impedimento de enfermedad entre las medidas que la religión reprueba.

La Encíclica *Casti connubi* de Pío XI, del 30 de diciembre de 1930, puso término a los debates y criterios encontrados y estableció la posición de la Iglesia. En la parte relativa a la eugenesia matrimonial, dice:

“Hay algunos que, demasiado solícitos de los fines eugénicos no sólo se contentan con dar ciertos consejos saludables para mirar con más 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 más elevado, y quisieran que la pública autoridad prohibiese contraer matrimonio a todos los que, según 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.

“Cuantos obran de este modo, perversamente, se olvidan de 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 que a hombres, de suyo capaces para el matrimonio, se les considere gravemente culpables si le contraen, porque se conjetura que, aun empleando el mayor cuidado y diligencia, no han de engendrar más que hijos defectuosos aunque de ordinario hay que aconsejarles que no lo contraigan.”

más, su repugnancia por distintos procedimientos, que con la invocación de la ciencia están destinados a intervenir en los impulsos íntimos de las personas, como igualmente acerca de la propaganda política ligada a la eugenesia racial que en su mayor parte es indeseable.

Sobre el problema de la esterilización regulado por leyes de no pocos estados de los Estados Unidos de Norteamérica, véase R. M. MACVER y Charles H. PAGE, *Sociología*, Madrid, 1961, págs. 291 y sus referencias.

La Iglesia se pronuncia así en favor de la eugenesia voluntaria. Conforme con la doctrina católica, según lo enseña el padre Hervé Blais, la eugenesia es honesta y moral mientras no se use medios opuestos al fin último del hombre: la salvación eterna. En lo demás, y mientras trabaje para hacer mejores y más felices a los hombres, constituye una de las formas de ejercer la caridad con el prójimo (°).

4. LA LEGISLACION COMPARADA, LAS LEYES 11359 Y 12331 Y LA DEROGACION DEL IMPEDIMENTO DE LEPROA POR LA LEY 17711

Díaz de Guijarro dice que se ha considerado que los principios morales y religiosos son insuficientes para cumplir los fines eugénicos. Forzoso es que la conducta humana se ajuste a normas imperativas. Así es como a cada prohibición de los mandamientos en el orden religioso corresponde una disposición legal que proteja a la sociedad contra su eventual transgresión.

(°) Sobre la doctrina católica pueden leerse con provecho las obras de J. GARCÍA F. BAYÓN: *Medicina y moral*, 1943, ed. Poplet, págs. 139 y sgtes.; JORGE A. FRIAS: *El matrimonio. Sus impedimentos y nulidades*, Córdoba, 1941, págs. 144 y sgtes.; A. KNECHT: *Derecho matrimonial católico*, Madrid, 1932, págs. 160, 351 y sgtes.; DÍAZ DE GUIJARRO, en *Matrimonio y Eugenesia*, trae una nutrida bibliografía de los autores católicos, págs. 60, 63 y sgtes.; BORDA (*Familia*, 5ª ed., Bs. As., 1973, t. I., nº 80) piensa que "la posición de la Iglesia es razonable en cuanto repudia que sobre la base de meras conjeturas científicas pueda negarse a una persona naturalmente capaz el derecho de casarse... Probablemente si el progreso de la ciencia médica demostrara inequívocamente la secuela inevitable de taras graves en la descendencia de ciertos enfermos podría el derecho canónico prohibir tales uniones". Admite también que el impedimento de enfermedad venérea en período de contagio (art. 13, ley 12.331) no se opone a la doctrina de la encíclica *Casti Connubi*. En igual sentido opina IRIBARNE: *El matrimonio civil comparado con el canónico*, Bs. As., 1965, págs. 139 146, 149. MAZZINGHI (*Derecho de Familia*, Bs. As., 1971, t. I, nº 51) admite asimismo que el impedimento de enfermedad, bajo ciertas condiciones esenciales (certeza científica, fundamento moral, carácter impediante), es compatible con la doctrina católica. También: LECCLERQ: *La Familia*, trad. J. Ventosa, Barcelona, 1960, nº 11.

Las primeras leyes eugénicas se dictaron en algunos Estados de Norte América en el siglo anterior y a principios del presente, cuyas sanciones legislativas, con variantes apreciables acerca del impedimento de enfermedad y el carácter voluntario u obligatorio del certificado prenupcial, fueron seguidas por la mayoría de los Estados del gran país del Norte y la casi totalidad de las naciones europeas y suramericanas (10).

Resulta, pues, evidente el sentido universal de la eugenesia. Considerada la enfermedad un fenómeno social se ha entendido con acierto que la defensa contra los males que de ella derivan han de realizarse en el matrimonio mismo. Por eso el legislador contemporáneo procura evitar las uniones de personas enfermas que transmitan las taras degenerativas a su descendencia.

Nuestro país no ha permanecido ajeno a la prédica eugénica y al movimiento legislativo universal de defensa y mejoramiento de la salud de la especie humana. Así es como se han sancionado las leyes 11.359 y 12.331. La primera, de 1926, en su artículo 17, prohíbe el casamiento entre leprosos y el de una persona sana con que una leprosa. La segunda, de 1936, en su artículo 13, prohíbe el matrimonio de personas afectadas de enfermedad venérea en período de contagio. Exige, además, como requisito previo a la celebración el certificado médico otorgado por las autoridades sanitarias.

La ley de profilaxis de la lepra n.º 11.359 tuvo por base el proyecto confeccionado por el profesor Dr. Maximiliano Aberastury, a quien el presidente Alvear, por decreto del 15 de noviembre de 1922, le encargó proponer las medidas adecuadas contra la propagación de la lepra y otras enfermedades infecto-contagiosas. El P. E. envió el proyecto al Congreso el 6 de octubre de 1923, y una comisión interparlamentaria integrada por los senadores Juan Ramón Vidal, Juan B. Justo y Ricardo Caballero, y los diputados Agustín Araya, Es-

(10) Las citadas obras de D'AZ DE GUIJARRO, JIMÉNEZ DE ASÚA y FRÍAS, hacen una exposición muy amplia de la legislación comparada.

teban P. Adaro, Leopoldo Bard y Juan F. Cafferata, elaboró el proyecto de ley que recibió sanción el 17 de septiembre de 1926, quedando de este modo consagrado el impedimento matrimonial por causa de lepra, sin que a su respecto se hiciera observación ni comentario en ninguna de las dos cámaras (11).

Pero, en realidad, el impedimento de lepra se explicaba sólo por el estado de los conocimientos científicos a la época de su sanción. La ciencia médica sufrió una gran evolución desde esa fecha, llegando a probar que la lepra no es hereditaria y que es la menos contagiosa de las enfermedades infecciosas, que no toda persona sana puede contraerla aunque se exponga al contagio, y que no todas sus formas son contagiosas. Ya en 1954 la 2ª Reunión Leprológica Argentina propició la derogación del art. 17 de la ley 11.359 (12). Además, como bien lo advierte Borda, esta disposición no contenía sanciones para el caso de incumplimiento del precepto ni obligaba tampoco a un examen prenupcial para comprobar si el futuro contrayente estaba o no afectado, por lo que dicha norma resultó inocua. El mismo autor, que tan grande participación tuvo en la ley de reformas al Código Civil, dice que el problema fue consultado con la Secretaría de Estado de Salud Pública cuya respuesta fue categórica: no se justifica en el estado actual de la ciencia, el impedimento matrimonial de lepra. La consecuencia fue que la ley 17.711 en su art. 4 derogó fundadamente el artículo 17 de la ley 11359 que prohibía el matrimonio entre leprosos y el de una persona sana con una leprosa (13).

(11) *Diario de Sesiones de' Senado*, 1926, t. 1, págs. 578, 617 y 817. *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 1926, t. 4, pág. 833 y t. 5, pág. 737.

(12) YUNGAÑO, Arturo R.: *Lepra: supresión del impedimento matrimonial*, en J.A., t. 1970 —*Doctrina*— págs. 635 y 636; y VIDAL TAQUINI: *Derogación del impedimento matrimonial de enfermedad por lepra*, en *La Ley*, t. 131, pág. 1526.

(13) BORDA: *La reforma de 1968 al Cód. Civil*, Bs. As., 1971, págs. 408 y sgtes. En igual sentido, aprobando la derogación del impedimento de lepra: LLAMBÍAS: *Estudio de la reforma del Cod. Civil*, Bs. As., 1969, pág. 350 y sgtes.; YUNGAÑO: nota citada en JA 1970 —*Doctrina*—

5. EL IMPEDIMENTO DE ENFERMEDAD VENEREA EN PERIODO DE CONTAGIO Y SUS ANTECEDENTES PARLAMENTARIOS (art. 13, ley 12331)

La ley de profilaxis de las enfermedades venéreas n° 12.331 se gestó en un largo período.

La iniciativa le pertenece a la "Liga Argentina de Profilaxis Social", que se dirigió al Senado por nota del 10 de junio de 1921 reclamando la implantación del certificado prenupcial para ambos contrayentes, quienes debían exhibirlo al funcionario del Registro Civil a cuyo efecto solicitaba la modificación del Código Civil. El primer proyecto legislativo es del diputado Leopoldo Bard, presentado el 6 de junio de 1922 y reproducido en 1924, 1926 y 1928, mediante el cual perseguía también la reforma de la ley de matrimonio civil en los aspectos siguientes: 1) inexistencia de enfermedad venérea, limitada a los hombres, como aptitud matrimonial; 2) examen y certificado prenupcial entre las diligencias previas a la celebración, y 3) sanciones a los funcionarios del Registro Civil que no hubieren exigido el certificado y a los médicos que hubieren hecho falsas declaraciones al extenderlo.

La segunda iniciativa es del diputado José Ma. Grau, cuyo proyecto del 8 de agosto de 1928, sin adecuarlo a las disposiciones del Código Civil, exige el certificado prenupcial de buena salud y lo extiende a la avariosis, tuberculosis con lesiones abiertas y en período de contagio, lepra, impotencia sexual, cáncer, epilepsia, alcoholismo en forma crónica y toxicomanía. Impone sanciones a los oficiales del Registro Civil y funcionarios sanitarios que no cumplan sus mandatos.

págs. 633 y sgtes.: BELJUSCIO: *Derecho de Familia*, Bs. As., 1974, t. I., n° 203, pág. 408; MORELLO-PORTAS: *Examen y crítica de la reforma del cód. Civil*, La Plata, 1973, t. 4-vol. 1°, pág. 288. En contra: KURCHAN: *Algunos aspectos de la reforma civil en materia de derecho de familia*. *El Derecho*, t. 28, pág. 903; LAGOMARSINO: *El matrimonio en la reciente reforma del Cód. Civil*, en *La Ley*, t. 131, pág. 1215, y ZANNONI: *Derecho de Familia*, Bs. As., 1978, t. I, n° 134, participa de las objeciones manifestadas por Vidal Taquini en el artículo citado en la nota anterior.

Posteriormente, el diputado Angel Giménez, presentó el 15 de septiembre de 1933 un proyecto sobre "Organización del tratamiento de las enfermedades venéreas en todo el territorio de la nación", y por haber caducado, hubo de reproducirlo el 5 de junio de 1935.

Este proyecto tiene un triple objetivo: profiláctico, civil y penal. En el aspecto civil, que es el que ahora nos interesa, incluye como impedimento, en la enumeración del artículo 9 de la ley 2393, "padecer de una enfermedad venérea". A las diligencias previas prescriptas por el artículo 19, añade la declaración de cada uno de los esposos de no padecer enfermedad venérea, que, voluntariamente, puede completarse con un examen médico, en cuyo caso ha de agregarse el respectivo certificado. Incluye, asimismo, la transmisión de enfermedad venérea como causa de divorcio.

Se ha objetado, con razón, que este proyecto omite incluir en el capítulo sobre nulidad de matrimonio la disposición correlativa al impedimento que crea.

Y, por último —para concluir con la referencia a los antecedentes parlamentarios de las leyes vigentes—, el diputado Tiburcio Padilla, el 30 de mayo de 1934, presenta un proyecto sobre certificado prenupcial, cuyo texto supera a los anteriores, aunque igualmente olvida resolver los efectos del matrimonio celebrado por enfermos. Sus fines son: 1) impedimento de enfermedad venérea o infecto contagiosa en período de contagio; 2) necesidad del certificado de salud prenupcial sin distinción de sexo, salvo el caso de matrimonio en trance de muerte, efectuado para regularizar una situación anterior sentimental o material, y 3) sanción a los médicos que otorguen certificados de complacencia.

En rigor, fueron los proyectos de los Dres. Giménez y Padilla los que la Comisión de Higiene y Asistencia Social de la Cámara de Diputados tuvo en cuenta para producir su despacho el 18 de julio de 1935. El proyecto Giménez requería sola-

mente la declaración de no padecer enfermedad venérea, en tanto el de Padilla imponía el certificado prenupcial. La comisión adoptó una fórmula transaccional, exigiendo el certificado al hombre y una mera declaración a la mujer. En cambio, la excepción prevista en el proyecto Padilla para los matrimonios en artículo de muerte, las extendió a todas las hipótesis de concubinato anterior.

Informó el diputado Padilla, con la disidencia del Dr. Juan F. Cafferata, quien se manifestó conforme con el examen médico voluntario, pero se opuso al certificado prenupcial obligatorio. La Comisión de Legislación General del Senado, en su despacho del 31 de julio de 1936, informado por el senador Serrey, suprimió los artículos 12, 13 y 14, substituyéndolos por esta disposición que corresponde al actual artículo 13 de la ley 12.331:

“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 serán obligatorios para los varones que hayan de contraer matrimonio. No podrán contraer matrimonio las personas afectadas de enfermedades en período de contagio”.

La Cámara de Diputados, en la sesión del 10 de diciembre de 1936, aceptó la enmienda del Senado, y este Cuerpo, en segunda revisión, lo convirtió en ley el 17 de diciembre de 1936 (14).

La disposición legal vigente ha sido objeto de fundadas críticas desde el punto de vista técnico. Comienza por una serie de consejos y recomendaciones de índole profilácticas y concluye por sancionar una prohibición matrimonial para los enfermos venéreos en períodos de contagio (15).

(14) *Diario de Sesiones de la C. de Diputados*, 1935, t. 4, pág. 568. *Diario de Sesiones del Senado*, 1936, t. 2, págs. 271 y 5. 3, pág. 303.

(15) DÍAZ DE GUIJARRO: *ob. cit.*, pág. 141; JIMÉNEZ DE ASÚA, *ob. cit.*, pág. 227; BERNALDO DE QUIRÓS, *ob. cit.*, t. 2, págs. 12 y sgtes.

6. EL CERTIFICADO MEDICO PRENUPCIAL

Para asegurar el cumplimiento efectivo de la prohibición matrimonial el mismo art. 13 de la ley 12.331 estableció la obligatoriedad del certificado médico prenupcial para todos los varones que hayan de contraer matrimonio. Y la ley 16.668, de 1965, extendió la exigencia del certificado a las mujeres (16).

La falta de presentación del certificado médico prenupcial a las oficinas del Registro Civil, no afecta la validez del matrimonio (17) sólo da lugar a sanciones pecuniarias para el oficial público que autoriza su celebración sin exigirlo (art. 16, ley 12.331, y art. 3 ley 16.668). No hay sanciones, en cambio, para los contrayentes.

7. BIBILONI Y EL PROYECTO DE REFORMA DE 1936

En realidad, las leyes 11.359 y 12.338 están dominadas por un propósito eminentemente sanitario y por eso quizá el legislador argentino dejó de hacer la adecuación debida de sus pertinentes disposiciones al Código Civil. Esta labor la preceniza el II Congreso de Derecho Civil, reunido en Córdoba en 1937, al declarar que la enfermedad venérea y la lepra constituyen impedimentos para el matrimonio (18).

Bibiloni y el Proyecto de reforma al Código Civil, en su articulado, introducen disposiciones, de evidente sentido cu-

(16) MAZZINGHI, en su obra *Derecho de Familia*, Bs. As., 1971, t. I, nº 50, pág. 157/158, critica el sistema por considerarlo inutilmente riguroso, porque la exigencia del certificado a las mujeres constituye una presunción poco feliz de que toda mujer es portadora de enfermedades venéreas, y además, está influido por un criterio estatista que no se justifica al no admitir los certificados de médicos particulares. En contra, a favor del sistema de la ley argentina, BELLUSCIO: *Derecho de Familia*, t. I, nº 206, pág. 416.

(17) BUSSO: *Código Civil Anotado*, Bs. As., 1945, t. II, art. 9 ley 2393, nº 96; FRÍAS, *ob. cit.* en nota 9, pág. 178; DÍAZ DE GUIJARRO, nota en J.A., t. 56-legisl., pág. 71 y *Matrimonio y eugenesia*, *ob. cit.*, nº 136; SPOTA, *Tratado de Derecho Civil*, Bs. As., 1962, t. II, vol. I (11), nº 34, pág. 214; MAZZINGHI, *ob. cit.*, t. I, nº 50; BORDA: *Familia*, 5ª ed., Bs. As., 1973, nº 86; BELLUSCIO, *ob. cit.*; t. I, nº 206; pág. 416.

(18) 2º Congreso Nacional de Derecho Civil, I, Actas, pág. 374.

génico, al considerar como impedimentos la interdicción por insania o sordomudez, el estado de perturbación enfermiza del espíritu excluyente del discernimiento o la voluntad, la embriaguez consuetudinaria y el uso indebido y habitual de tóxicos enervantes. Declara, además, anulable el matrimonio, por vicio de consentimiento, mediando un defecto físico irremediable o enfermedad grave, contagiosa o hereditaria, susceptible de poner en riesgo la salud del otro esposo o de los hijos (1°).

Bibiloni, al fundar su anteproyecto, señala con frase admonitoria: "El horror de esas situaciones, ocultadas, o falsamente interpretadas por los que procuran inducir al matrimonio, la transmisión de las enfermedades a la prole, la imposibilidad de toda cooperación del enfermo en la vida y el sostenimiento de la familia son causas más que evidentes de nulidad de matrimonio. Las puede invocar el cónyuge indemne. El Estado mismo tiene interés en que no se bastardee la raza con semejantes matrimonios" (2°).

8. EL MATRIMONIO CONTRAIDO EN VIOLACION DEL IMPEDIMENTO DE ENFERMEDAD VENEREA EN PERIODO DE CONTAGIO

La falta de adecuación a la ley de matrimonio civil del art. 13 de la ley 12.331, que prohíbe contraer matrimonio a las personas afectadas de enfermedad venérea en período de contagio, ha dado lugar a serias y extremas discrepancias en la doctrina nacional sobre el carácter del impedimento.

Algunos autores (Frías, Díaz de Guijarro, Busso), fundados en el art. 18 del Código Civil, que niega toda eficacia a los actos prohibidos por la ley si ésta no designa otro efecto para el caso de contravención, sostienen que el impedimento sería dirimente y la nulidad que trae aparejada su violación,

(1°) BIBILONI, *Anteproyecto*, 1939, t. I. pág. 197 y 213, art. 544, incisos 7 y 9 y art. 590 inc. 2°; *Reforma del Código Civil*, 1936, págs. 318 y 339, art. 339, incisos 7, 8 y 9; art. 390, inc. 3°.

(2°) *Anteproyecto*, pág. 197, t. I.

absoluta ⁽²¹⁾. Sin embargo, Borda se inclina por la nulidad relativa, dado que en materia matrimonial no es posible atenerse rígidamente a los principios generales de la nulidad, y en muchos de estos casos la anulación del matrimonio a pedido del Ministerio Público o de oficio por el magistrado, resultaría repugnante a nuestra sensibilidad moral, y por ende, inadmisibles ⁽²²⁾.

Otros (Eppstein, Iribarne) también consideran que se trata de un impedimento dirimente, pero se basan en la doctrina de la especialidad del régimen de las nulidades matrimoniales, y niegan la aplicación de art. 18, sosteniendo que el impedimento eugenésico está integrado dentro de la especialidad de la ley 2393, y viene a aumentar el número de los impedimentos matrimoniales previstos en su art. 9º. Como la ciencia eugenésica ha equiparado a la locura las demás enfermedades que también constituyen impedimentos matrimoniales, corresponde extender la sanción atribuida a aquélla al caso de enfermedad venérea en período de contagio. En consecuencia, el matrimonio contraído en violación del art. 13 de la ley 12.331 estaría afectado de nulidad relativa, por aplicación analógica del art. 85 inc. 2º de la ley de matrimonio civil ⁽²³⁾.

Hay quienes sostienen rigurosamente el principio de la especialidad de las nulidades matrimoniales (Rébora, Fassi, Lazcano, Lagomarsino, Belluscio), y afirman que no existiendo norma alguna que imponga sanción de nulidad, el impedimento sería impeditivo, esto es, que la prohibición tendría un valor simplemente preventivo ⁽²⁴⁾.

Finalmente, otros (Spota, Mazzinghi) coinciden también en que el impedimento eugenésico no es dirimente, pero no

⁽²¹⁾ FRÍAS, *ob. cit.*, págs. 178 y 179; DÍAZ DE GUIJARRO, nota en J.A., t. 56, sec. leg., págs. 69 y 73; *Matrimonio y Eugenesia*, nros. 123 y 139; BUSO, *ob. cit.*, t. II art. 9 ley 2393, nº 104.

⁽²²⁾ BORDA, *ob. cit.*, t. I, nº 200.

⁽²³⁾ EPPSTEIN: *Las nulidades matrimoniales y las leyes eugenésicas*, Córdoba. 1962, nros. 35 y 36; IRIBARNE: *El matrimonio civil comparado con el canónico*. Bs. As. 1965, pág. 143.

⁽²⁴⁾ RÉBORA, *ob. cit.*, t. II, págs. 144 a 146; FASSI: *De la inexistencia y nulidad del matrimonio, y Nulidad de matrimonios prohibidos por*

se fundan en el régimen de la especialidad puesto que no la aceptan, sino en el principio que impone ante el silencio de la ley restringir el ámbito de los impedimentos matrimoniales dirimentes del vínculo, para no ensanchar el círculo de la prole extramatrimonial, y, en todo caso, evitar que la unión concertada con un recíproco consentimiento no viciado y declarada matrimonio por oficial público se traduzca en una simple unión de hecho o concubinato. El único efecto de la prohibición legal consistiría en funcionar como causal de oposición a la celebración del matrimonio. Y si éste se celebra lo mismo, sólo podría anularse si la enfermedad venérea en período de contagio hubiera sido objeto de un vicio del consentimiento (25).

Adherimos a esta última doctrina expuesta por Spota, con solidez y coherencia en sus argumentos.

Es innegable que la ley 12.331 representa un instrumento de cultura al servicio de la comunidad, y por ello consideramos que es necesario perfeccionar y completar sus disposiciones, coordinándola con la ley matrimonial, para superar las controversias actuales. Creemos que en una futura reforma de la legislación civil, se han de tomar en cuenta los antecedentes nacionales y los aportes de la legislación comparada que sean compatibles con nuestra idiosincracia, para mejorar y dar carácter orgánico a las disposiciones de índole eugénica, destinadas a educar a los individuos y darles una mayor conciencia al celebrar el acto más fundamental de la vida civil, y también a preservar de graves males a la familia sobre cuya solidez y principios morales se afirma todo progreso social.

leyes sancionadas con posterioridad a las 2393 y el art. 18 del C. C., en *Estudios de derecho de familia*, La Plata, 1962, nº 29, págs. 113 a 115, y nº 28, pág. 170, respectivamente; LAZCANO, nota en *La Ley*, t. 88, pág. 281; LAGOMARSINO. *Matrimonio* en Enciclopedia Jurídica OMEBA, t. XIX, pág. 146, nº 72; BELLUSCIO, *Derecho de Familia*, t. I, nº 205; ZANNONI, *ob. cit.*, t. I, nº 135.

(25) SPOTA: t. II, vol. I (11), nº 34, págs. 216/218; y MAZZINGHI, *ob. cit.*, t. I, nº 52.