

Capítulo III

IMPEDIMENTOS MATRIMONIALES

por MARIA ROSA LORENZO de FERRANDO

I. GENERALIDADES	
1. A) Concepto	149
B) Relación con la capacidad matrimonial	150
C) Antecedentes	151
2. Funciones de los impedimentos	153
3. Clasificaciones	153
II. IMPEDIMENTOS DIRIMENTES	
4. A) De orden ético	154
B) Derivados de la naturaleza	158
III. IMPEDIMENTOS IMPEDIENTES	
5. A) Falta de autorización del representante legal	163
B) Impedimento derivado de la tutela	168
C) Plazo de viudez o de espera	169
IV. IMPEDIMENTOS EUGENESICOS	
6. A) Eugenesia. Concepto y fundamentos	171
B) Valoración	173
7. Impedimentos por razones eugenésicas en el derecho argentino	175

MARIA ROSA LORENZO de FERRANDO

Capítulo III

IMPEDIMENTOS MATRIMONIALES

I. GENERALIDADES

1. A) Concepto.

Los impedimentos son hechos o situaciones que importan un obstáculo para la celebración del matrimonio. Son prohibiciones establecidas por la ley que presentan como características las de ser de enumeración taxativa y de interpretación restrictiva, no pudiéndose aplicar por analogía a otras situaciones que las previstas como impedimentos en las leyes respectivas. Estos principios se explican en razón de que toda persona tiene el derecho natural de casarse y por lo tanto las restricciones proceden únicamente en los casos establecidos legalmente (una dificultad se nos presenta en cuanto al impedimento derivado de la tutela, no establecido por la ley civil respecto del matrimonio del curador con su pupilo, admitiéndose sin embargo la extensión).

Existen distintos criterios para establecer la relación de los impedimentos con los requisitos matrimoniales:

1) Llambías distingue entre requisitos *naturales* de la existencia del matrimonio, o elementos esenciales sin los cuales la unión no puede concebirse, tales como la diversidad de sexos y el consentimiento de los contrayentes; y los requisitos *legales* de la validez del matrimonio, que son ausencia de impedimentos y presencia del oficial público encargado del Registro civil.

Para Mazzinghi las diferencias específicas que distinguen el matrimonio de otros tipos de comunidad son: *la diversidad de sexos*, elemento reclamado por el orden natural, con total independencia de que esté o no mencionado como requisito en la ley, y que condiciona la existencia del matrimonio, subrayando el papel

rector que el derecho natural desempeña respecto de la ley positiva; y *el consentimiento de los contrayentes*, desde que el matrimonio debe establecerse por libre decisión de la voluntad de quienes lo contraen. Ambos son elementos o requisitos exigidos por la naturaleza. En cuanto a la exigencia de que el consentimiento sea expresado ante el oficial público encargado del registro civil, lo considera como un requisito impuesto por el derecho positivo en ejercicio de su facultad de disciplinar el matrimonio, de regular su naturaleza esencial conforme a las exigencias del bien común, ya que la *forma* del matrimonio no responde a la naturaleza misma de la institución, sino más bien a la necesidad social de que el matrimonio tenga certeza y publicidad, lo cual se obtiene mediante su celebración pública y su inscripción en determinados registros.

2) Otro criterio en cuanto a la ubicación de los impedimentos es distinguir según se configuren como requisitos de *fondo*: diversidad de sexos, consentimiento de los contrayentes y ausencia de impedimentos; y requisitos de *forma*: expresión del consentimiento ante el oficial público.

También a esta distinción se la suele citar como requisitos *intrínsecos* y *extrínsecos*.

3) Para algunos autores argentinos, conforme a lo dispuesto en el artículo 14 de la ley 2393, los requisitos de *existencia* de matrimonio, sin los cuales el acto no produce efecto civil alguno, son: diversidad de sexos, consentimiento de los contrayentes y expresión de ese consentimiento ante el encargado del registro civil. En cambio son requisitos de *validez*: la ausencia de impedimentos y el consentimiento libremente expresado.

B) Relación con la capacidad matrimonial.

La capacidad matrimonial es la aptitud que la ley reconoce a las personas para celebrar matrimonio. Se trata de un atributo de la persona natural, derivado de su libertad de casarse, emanación propia de la dignidad humana, que el derecho positivo sólo puede restringir excepcionalmente.

Jemolo distingue entre la *capacidad* matrimonial y los *impedimentos* matrimoniales, consistiendo la primera en la aptitud genérica y abstracta para contraer matrimonio; el impedimento sería el obstáculo concreto que impide a una persona abstractamente capaz, el poder casarse con otra persona determinada. Pero esta tesis no es aceptable entre nosotros, pues en derecho argentino no solamente existen impedimentos “relativos” (que impiden el matrimonio con persona determinada), sino también “absolutos” (que ponen obstáculos a la celebración con cualquier persona).

C) Antecedentes.

En el Derecho romano los impedimentos se conocían como “prohibiciones” para contraer matrimonio. El matrimonio civil —que daba el carácter de cónyuge y la patria potestad—, sólo podía celebrarse entre ciudadanos romanos, estando prohibida la unión de un romano con un extranjero o con un esclavo. Más tarde, al extenderse la ciudadanía a todos los habitantes de la Península, subsiste únicamente la prohibición con respecto a los esclavos, quienes no tenían capacidad matrimonial.

Los impedimentos eran formulados de modo negativo y se fundaban en motivos de diversa índole: éticos, políticos, sociales, religiosos. Se distinguían en *absolutos* y *relativos*, según que produjeran incapacidad para contraer matrimonio en cualquier caso o sólo con referencia a persona determinada. Se consideraron prohibiciones o impedimentos *absolutos*:

- a) el matrimonio no disuelto, no autorizándose la coexistencia de un doble vínculo;
- b) la esclavitud de uno de los contrayentes (dejados sin efecto en el Derecho justiniano);
- c) el voto de castidad y las órdenes mayores en el Derecho nuevo.

En cuanto a los *relativos*, fueron:

- a) el parentesco de sangre o cognación, en línea recta sin límite de grados, y en la colateral hasta el tercer grado inclusive.

Un senadoconducto del año 49 de Cristo permitió no obstante el matrimonio del emperador Claudio con su sobrina Agripina, pero una disposición de Constantino restableció la prohibición de tomar por esposa a la hija del hermano.

El parentesco por adopción —*adoptiva cognatio*—, era también considerado impedimento, si bien cesaba, tratándose de línea colateral, cuando se había disuelto por emancipación;

- b) el parentesco espiritual (padrino y ahijado);
- c) la afinidad, que prohibido en línea recta, se extiende en el Derecho cristiano a la línea colateral hasta el 2do. grado;
- d) el adulterio y el raptó;
- e) razones de varias índoles crean también “prohibiciones”: así en la época de Marco Aurelio no se admitió el matrimonio entre el tutor, su paterfamilias, sus descendientes, y la pupila, hasta tanto se hayan rendido cuentas. El derecho de la época imperial prohibió el matrimonio de los militares, que fue admitido recién a fines del siglo II. Fundado en motivos de índole social no podían contraer matrimonio los senadores y descendientes suyos con libertas, así como con mujeres de abyecta condición, prohibición que desaparece en la legislación de Justiniano. Por razones religiosas se prohibió en el Derecho nuevo el matrimonio entre cristianos y judíos.

Pero es en la legislación canónica —de gran influencia en el derecho positivo moderno—, donde se elabora una teoría general de los impedimentos matrimoniales, a través de un lento proceso, quedando definitivamente formulada alrededor del siglo XIII, con algunas modificaciones introducidas por el Concilio de Trento, y finalmente codificada en el *Codex Iuris Canonici* de 1917. El derecho canónico establece por primera vez, la clasificación entre impedimentos *dirimentes* e *impedientes*, división fundamental que se reitera en las legislaciones de los distintos países, como en el nuestro, aunque algunos de los impedimentos previstos en el derecho canónico no fueron recepcionados en la legislación civil, tales como la diversidad de credos, los votos solemnes, el parentesco espiritual, la pública honestidad.

2. Funciones de los impedimentos.

a) *Preventivas*: tratándose de impedimentos dirimientes, pueden ser causa de denuncia (art. 35 LMC); pueden también fundar la oposición a la celebración del matrimonio (arts. 20 a 23 LMC). La función preventiva se cumple asimismo a través de la negativa a la celebración del acto que, en función de su cargo, está obligado a cumplir el oficial público encargado del Registro civil cuando conoce la existencia de impedimentos, deber cuya violación implica responsabilidades civiles, administrativas y aún penales (art. 136 Código Penal).

b) *Resolutivas*: estas funciones se dan cuando, con posterioridad al matrimonio, la existencia del impedimento dirimente fundamenta la nulidad absoluta o relativa del acto.

c) *Incidentales o reflejas*: que consisten en sanciones indirectas, como las civiles de indemnización del daño moral o material sufrido por el cónyuge de buena fe (art. 109 LMC); sanciones penales, establecidas por el Código penal para los delitos de matrimonios ilegales (arts. 134 a 137, Capítulo I del título Delitos contra el estado civil); y sanciones administrativas, como las previstas en los artículos 107 y 108 de la ley de matrimonio civil.

3. Clasificaciones.

A) Según los *fundamentos* distinguimos entre los impedimentos de orden ético o moral (parentesco, ligamen, crimen); y los derivados de la naturaleza (falta de edad, locura).

B) Según la *extensión*: se clasifican en *absolutos*, que impiden celebrar matrimonio con cualquier persona (falta de edad, locura, ligamen); y *relativos* que se refieren a no poder hacerlo con persona determinada (parentesco en grado prohibido, crimen).

C) Según la *permanencia*: son permanentes o perennes (parentesco, crimen), o *transitorios*, como la falta de edad, la locura, el matrimonio anterior subsistente, que son temporarios.

D) Según sus *efectos*: se clasifican en *dirimientes* cuando la violación de las prohibiciones legales trae como consecuencia la

nulidad (absoluta o relativa) del matrimonio; y en *impedientes*, cuya violación acarrea otra sanción, como la pérdida de la remuneración para el tutor que se casa con su pupila sin haber sido aprobadas las cuentas de la tutela, o la pérdida de las liberalidades que le hubiera otorgado el esposo por testamento si la viuda contrae nuevas nupcias no respetando el plazo establecido en el artículo 93 de la ley de matrimonio civil.

E) Según la posibilidad de su *remoción*, pueden ser *dispensables* o *indispensables*: el único impedimento dispensable en derecho argentino es la falta de edad (arts. 14 de la ley 14.394 y 132 del Cód. Penal), que puede ser removido por disposición de autoridad competente cuando víctima y victimario desean contraer matrimonio. Todos los demás impedimentos no son dispensables.

II. IMPEDIMENTOS DIRIMENTES

4. El matrimonio celebrado con estos impedimentos lleva ínsito la sanción de nulidad, absoluta o relativa, del acto.

Según sus fundamentos los sistematizamos así:

A) De orden ético.

1º) *Parentesco en grado prohibido*: el parentesco es el vínculo jurídico derivado de lazos de sangre (consanguíneo), del matrimonio (afinidad) o de la adopción.

a) *Parentesco por consanguinidad* (art. 9º, incs. 1 y 2 LMC). Es un impedimento de orden ético o moral si bien con implicancias eugenésicas, aun cuando no existe demostración científica sobre el carácter patológico - degenerativo de la descendencia de uniones entre parientes de grado próximo. Es *relativo* porque impide la celebración de matrimonio entre determinados parientes; es *permanente* o perpetuo; es *dirimente*, previéndose expresamente para el caso de violación, la sanción de nulidad absoluta (art. 84 LCM). No es dispensable.

Sea el parentesco matrimonial o extramatrimonial, el impedimento se extiende en línea recta sin limitación; y en línea colateral,

hasta el segundo grado (hermanos y medio hermanos). Resulta posible por tanto el matrimonio entre primos, o entre tío y sobrina, etcétera.

b) *Parentesco por afinidad* (que teniendo como fuente el matrimonio se establece entre uno de los cónyuges y las parientes consanguíneas del otro). La prohibición de casarse se extiende en línea recta únicamente, en todos los grados (art. 9º, inc. 3 LMC). La prohibición comprende a los ascendientes y descendientes legítimos o extramatrimoniales del cónyuge premuerto.

Su fundamento es exclusivamente de carácter moral.

Es impedimento *permanente* ya que se mantiene a pesar de la muerte de un cónyuge en relación a sus parientes afines en línea recta.

El impedimento no subsiste en caso de matrimonio nulo aun cuando fuere putativo.

c) *Parentesco por adopción*: En caso de adopción *plena*, el adoptado soporta los impedimentos matrimoniales como si fuere pariente consanguíneo del adoptante, es decir, con todos aquellos parientes respecto de los cuales el matrimonio está prohibido por razones de consanguinidad. También soporta el adoptado los impedimentos matrimoniales con su familia de origen, que quedan subsistentes (art. 14, ley 19.134).

En la adopción *simple*, el artículo 26 de la ley crea los siguientes impedimentos: entre adoptante y adoptado y sus descendientes; entre el cónyuge del adoptante y el adoptado, y el cónyuge del adoptado con el adoptante. Además no pueden contraer matrimonio los hijos adoptivos entre sí, cuando son hijos adoptivos del mismo adoptante, considerados por la ley como hermanos (art. 20, ley 19.134).

No está previsto el impedimento entre adoptado e hijo biológico del adoptante, como lo establecía el artículo 17 de la ley 13.252, de modo que no existe obstáculo para la celebración de matrimonio entre ellos. Esta imprevisión de la ley vigente ha sido criticada con razón por la doctrina y no se adecua a las más modernas leyes sobre la materia.

Los impedimentos matrimoniales subsisten a pesar de la revocación de la adopción (art. 28, ley 19.134), solución que Mazzinghi considera como menosprecio del derecho natural y de la libertad de casarse.

Como la adopción simple no sustituye a la de origen, se mantienen los impedimentos matrimoniales respecto de ésta.

2º) *Matrimonio anterior subsistente o ligamen*: Está previsto como impedimento matrimonial en el artículo 9º, inciso 5 de la Ley de Matrimonio Civil. Encuentra su fundamento en razones de orden ético y es de la esencia del matrimonio monogámico.

La existencia de vínculo anterior válido determina el impedimento sea en caso de muerte posterior de uno de los esposos o de disolución por nulidad del segundo matrimonio, aunque éste fuere putativo. En el caso de declaración de muerte presunta, la sentencia no disuelve el matrimonio, pero sí otorga aptitud nupcial al cónyuge presente, quedando disuelto el vínculo anterior si contrajere nuevo matrimonio, siendo válidas estas nupcias aun cuando reapareciere el presunto muerto (art. 31, ley 14.394).

No existiendo en nuestro derecho el divorcio vincular, el impedimento de ligamen se mantiene a pesar del divorcio (relativo) cualquiera fuere el procedimiento judicial seguido (art. 67 ó 67 bis LMC).

Conforme a las clasificaciones de los impedimentos matrimoniales, el que se analiza tiene las siguientes notas: es de orden ético; *transitorio*; *absoluto*; *dirimente*, con sanción expresa de nulidad absoluta del acto realizado en violación de la prohibición legal (art. 84 LMC). En el ámbito penal tipifica el delito de bigamia sancionado por el artículo 134 y siguientes del Código Penal.

3º) *Crimen* (art. 9º, inc. 6 LMC): El “haber sido autor voluntario o cómplice del homicidio de uno de los cónyuges” configura este impedimento de orden evidentemente moral; si ese matrimonio se permitiese se favorecería a los crímenes por pasión, o simplemente al cónyuge sobreviviente que así adquiriere aptitud nupcial. D’Antonio adjudica al impedimento la finalidad también sancionatoria para quien consuma el delito.

Calificamos al impedimento analizado como: de orden *ético*; *relativo*; *permanente*; *dirimente* con sanción expresa de nulidad absoluta (art. 84 LMC); *no dispensable*.

Condiciones del delito: a) debe tratarse de delito consumado, no bastando la simple tentativa admitida como impedimento en otros países (Italia, Venezuela, Brasil, México). Si el delito no hubiere sido consumado, existiría de todos modos el impedimento de ligamen; b) ¿es preciso condena en sede penal?: Spota, Borda, D'Antonio se pronuncian por la exigencia de una sentencia judicial firme condenatoria. Otros autores como Mazzinghi y Belluscio admiten que el impedimento existe siempre que se acredite la existencia del delito y su autoría en sede civil; pronunciándose el segundo de estos juristas en la consideración de que cuando la ley ha previsto como necesaria la condena penal lo ha establecido expresamente, como en el caso de la indignidad sucesoria (art. 3291 Código Civil).

La exigencia de la condena penal puede originar ciertas dudas en caso de extinción de la acción penal por prescripción o amnistía; indulto, prescripción o cumplimiento de la pena, aunque en estos casos, el impedimento sigue siendo obstáculo —dado su carácter permanente—, para la unión del homicida y el otro cónyuge.

Si la condena penal es posterior a la celebración del matrimonio, puede fundar la acción de nulidad del mismo; c) el delito debe ser *doloso*: haber sido autor “voluntario” dice la ley. Pero debe excluirse como impedimento en los casos en que exista una “causa de justificación” (Llambías, *Oblig.*, T. III, Nros. 2226 y ss.). D'Antonio enseña que, mediando causas excluyentes de imputabilidad, queda impedida toda declaración de autoría, y por ende excluido el impedimento. Este mismo autor incluye el homicidio cometido con exceso en la legítima defensa (art. 35 CP) fundándose en que la equiparación que la ley hace con el homicidio culposo lo es sólo a los efectos de la aplicación de la escala penal.

El caso de muerte por duelo es también otro de los problemas controvertidos. Algunos autores lo consideran como configurativo del impedimento, desde que el homicidio resulta “directa, indirecta o eventualmente determinante del accionar del autor” (D'Antonio).

Condiciones en el delincuente: La ley exige en el tercero, haber sido autor o *cómplice* del homicidio. Queda excluido el conyugicidio —muerte de un cónyuge a manos del otro—, no siendo necesaria la intervención conjunta del cónyuge supérstite y el tercero, aun cuando éste fuere cómplice del adulterio con el homicida, mas no autor o cómplice del homicidio.

En cuanto al *encubridor*, no es responsable ni partícipe del delito, cualquiera fuere el juicio moral que su conducta pueda merecer (Borda).

B) Impedimentos derivados de la naturaleza.

1º) *Falta de edad* (art. 9º, inc. 4º LMC y art. 14, ley 14.394): Según la ley 2393 la aptitud nupcial se alcanzaba a los 14 años el varón, y a los 12 años la mujer. Pero la ley 14.394 (art. 14) siguiendo la reforma introducida en 1917 al Código canónico elevó esas edades a 16 y 14 años, respectivamente.

La norma civil encuentra su fundamento no solamente en la falta de discernimiento (la mujer) o en el necesario desarrollo físico y sexual, sino también porque a menor edad se carece del desarrollo intelectual suficiente para apreciar la trascendencia del acto, las responsabilidades de los progenitores para con la prole, la comprensión y asunción de los distintos roles que la convivencia impone a los esposos en la vida familiar. Es opinión casi generalizada la de elevar esas edades, considerándose más adecuadas las de 18 y 16 años, como lo hace el anteproyecto de Bibiloni, el proyecto de 1936 y el anteproyecto de De Gásperi.

En algunas legislaciones extranjeras se observan otros límites mínimos de edad, generalmente mayores que los dispuestos en nuestro derecho (Código civil francés: 15 años para la mujer y 18 años para el hombre; Código alemán: 16 a 21 años; Código peruano: 18 y 21 años; Código suizo: 18 y 20 años).

Excepciones legales: La prohibición de contraer nupcias sin la edad de 14 ó 16 años cede cuando la mujer hubiere concebido, siendo el hijo de aquél con quien pretenda celebrar matrimonio (art. 14, ley 14.394). En este caso basta la comprobación del em-

barazo y la declaración de paternidad por el varón ante el oficial encargado del Registro civil, para la celebración de las nupcias.

Otro supuesto de excepción está contenido en la cláusula tercera del artículo 14, que admite la celebración de matrimonio sin haberse alcanzado la edad legal, con dispensa o autorización judicial, en los supuestos contemplados en el artículo 132 del Código Penal.

En ambos casos, las excepciones legales funcionan sin tomar en cuenta si es la mujer o el varón quien no ha alcanzado la edad legal.

En cuanto a la *edad máxima* para contraer matrimonio, la ley argentina no fija topes, no obstante la edad avanzada de los contrayentes, quienes pueden celebrarlo con fines de compañerismo y ayuda espiritual. Tampoco pone obstáculo a los nupcias la excesiva diferencia de edad, aun cuando violente al sentido común.

Cabe destacar que la Convención de Nueva York de 1962 ratificada por ley 18.444 establece en su artículo 2º: "Los Estados partes en la presente convención adoptarán las medidas legislativas necesarias para determinar la edad mínima para contraer matrimonio. No podrán contraer legalmente matrimonio las personas que no hayan cumplido esa edad, salvo que la autoridad competente, por causas justificadas y en interés de los contrayentes, dispense el requisito de la edad".

Las características del impedimento de *falta de edad* son: *fundamento*: derivado de la naturaleza; es *absoluto*; es *temporario*; es *dirimente*, con sanción expresa de nulidad relativa (art. 85, inc. 1º LMC); y es *dispensable* en los supuestos que contempla el artículo 14 de la ley 14.394 que remite al artículo 132 del Código Penal, de manera que en los casos de delitos de violación, estupro, rapto o abuso deshonesto, reintegrada la mujer a lugar seguro, la autoridad judicial que interviene en la causa podrá autorizar el matrimonio si la víctima desee casarse con el autor del delito y éste lo consintiere. Es el único caso en que un impedimento matrimonial puede ser removido judicialmente.

2º) *Locura* (art. 9º, inc. 7º LMC). *Fundamento*: Belluscio encuentra un doble fundamento a la norma: la protección del demente, que ha otorgado un acto sin discernimiento, y la protección

del sano, cuando obró ignorando la enfermedad. Busso agrega un tercer fundamento: los altos intereses sociales que ante la posibilidad de una descendencia enferma imponen al Estado la prohibición de contraer esos matrimonios. Prayonnes acepta también este fundamento eugenésico y Mazzinghi admite un interés social subyacente. Los fines eugenésicos de la prohibición son enfatizados por Bibiloni, quien subraya el interés del Estado en que no se bastardee la raza con semejantes matrimonios.

El impedimento de locura es *absoluto; temporario; dirimente* con sanción expresa de nulidad relativa (art. 85, inc. 2 LMC); no dispensable.

¿A quiénes alcanza el impedimento?: La palabra "locura" empleada por los legisladores de 1888, difiere de la palabra técnica "demencia" empleada por Vélez Sársfield en su artículo 141 (Libro I, Título X, Sec. 1ª, C.C.) que mantuvo la reforma de 1968, aunque con diferente significado.

La cuestión plantea discrepancias en la doctrina. Las principales opiniones sobre el significado de la palabra *locura* se sintetizan de la siguiente manera:

a) *Comprende tanto a los dementes declarados en juicio como a los dementes de hecho* (Díaz de Guijarro, Borda, Mazzinghi entre otros): La palabra "locura" tiene un significado común y refiere a la enfermedad mental grave, con abstracción de la declaración judicial de demencia.

Si se trata de dementes interdictos, la declaración judicial de insania favorece la prueba de la enfermedad mental que resultaría con fuerza de verdad legal. Si en cambio se tratare de un demente de hecho, la anulabilidad del acto matrimonial debe fundarse en la falta de discernimiento al momento de la celebración del acto.

El impedimento puede funcionar en ambos casos como causa de oposición (art. 20 y ss. LMC), o como causa de nulidad si el matrimonio se hubiere celebrado.

b) *Comprende a los dementes de hecho* (Lafaille, Spota): A los dementes declarados se aplicarían los principios generales en materia de nulidad de los actos jurídicos (art. 54, inc. 3º Cód. Civ.; arts. 1041

y 1047 CC), considerando Spota que el matrimonio celebrado por el interdicto es un acto jurídico nulo, no susceptible de confirmación. El inciso 7º del artículo 9º de la ley 2393 sólo tendría aplicación tratándose del “demente” de hecho, ampliando el supuesto a aquellos estados de alteración de la sana razón que priven del discernimiento; por ejemplo, transitoria enajenación mental por intoxicaciones, estados febriles, ebriedad no voluntaria, estado agónico, hipnosis.

c) *Comprende sólo a los interdictos* (Salvat - Lagomarsino): Quedarían exceptuados del impedimento los dementes de hecho, cuya situación Salvat equipara a los accidentalmente privados de razón. Por su parte Lagomarsino sostiene que el matrimonio del demente de hecho sólo puede ser anulado por existir un vicio del consentimiento del insano o del otro contrayente.

¿Rige el impedimento durante intervalo lúcido del insano? Al respecto las opiniones son:

a) Para Busso, Díaz de Guíjarro, Lagomarsino, entre otros, el impedimento rige aun durante intervalos lúcidos, pero sólo para los dementes interdictos, que mantienen esta situación de incapacidad absoluta hasta la sentencia de levantamiento de la interdicción.

b) Spota, Mazzinghi, entienden que el impedimento rige indistintamente para los dementes declarados y los dementes de hecho. Spota rechaza la aplicación del artículo 921 del Código Civil atento lo dispuesto en el artículo 85, inciso 2, tercera parte de la ley 2393 según el cual la anulabilidad del acto matrimonial sólo caducará por la recuperación de “la razón”, unida a la continuidad de la vida marital, subsistiendo el impedimento si el no interdicto obra aún en intervalo lúcido.

Mazzinghi admite que una interrupción temporaria de la enfermedad no permitiría suponer la sana y completa razón, y agrega que, mediando la protección de un interés social, no podría confiarse a un demente la conducción de una familia así formada.

c) Belluscio razona en base a la admisión de determinados presupuestos: que el artículo 9 inciso 7º de la ley de matrimonio

civil se refiere a la situación de hecho de demencia sin relación con la interdicción —que sólo invierte el cargo de la prueba—; que los actos de los dementes en los intervalos lúcidos se consideran hechos con discernimiento (art. 921 CC) y que por intervalos lúcidos debe entenderse “la curación de la enfermedad en el tiempo que media entre dos accesos de psicosis periódica” (*Derecho de familia*, T. I, nº 188, pág. 388); con lo que cabría llegar a la conclusión de que el impedimento no rige durante los intervalos lúcidos. Pero inmediatamente descarta esa solución en nuestro sistema legal, que no sólo confiere legitimación activa para el ejercicio de la acción de nulidad al demente o a sus representantes, sino también al contrayente sano y a las personas que hubieran podido oponerse a la celebración del matrimonio. Si el enfermo actúa con discernimiento, no tendría viabilidad la oposición de terceros a la celebración del matrimonio; no podría el insano, ni su representante ni los terceros, demandar la nulidad, ya que el matrimonio habría quedado confirmado por la iniciación de la vida marital. Pero nada obstaría en cambio al ejercicio de la acción por parte del otro cónyuge que hubiese ignorado la enfermedad y no hubiese continuado la cohabitación. De manera que, como principio, concluye Belluscio que el impedimento rige a pesar de la existencia del intervalo lúcido.

Situación de los inhabilitados: Entre los supuestos contemplados en el artículo 152 bis del Código Civil, nos encontramos con los disminuidos en sus facultades cuando sin llegar al supuesto previsto en el artículo 141 del Código civil, el juez estime que del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar presumiblemente daño a su persona o patrimonio. Las consecuencias de la inhabilitación judicial operan solamente en el ámbito patrimonial, restringiendo el poder de gestión de los bienes respecto de actos de disposición inter vivos, y excepcionalmente, de administración. Pero el inhabilitado es básicamente capaz, y la inhabilitación no trasciende a la esfera de su actividad extrapatrimonial. De manera que puede celebrar matrimonio válidamente y sin necesidad de asistencia.

III. IMPEDIMENTOS IMPEDIENTES

5. A) Falta de autorización del representante legal.

1º *Matrimonio de menores*: (art. 10 LMC): se refiere al matrimonio de menores adultos (art. 55 CC.) que han cumplido la edad mínima para poder celebrarlo válidamente, pero que necesitan para hacerlo la autorización de su padre en ejercicio de la patria potestad, o del tutor, o en su caso, la venia judicial.

Fundamento: la autorización del padre o del tutor no es sino una emanación de las facultades que dichos representantes ejercen sobre la persona del incapaz a la vez que un medio de protección jurídica para quienes por sí pueden obrar precipitadamente o en forma inconveniente. En caso de oposición es el juez quien debe decidir, cumpliendo funciones de protección mediata, a través del juicio de disenso.

El asentimiento paterno o del tutor debe ser *especial* para el caso; *actual*; *expreso* o positivo; y *personal*, es decir, provenir de aquel que está en ejercicio de la patria potestad o de la tutela.

La venia judicial a su vez puede ser: *supletoria*, en los casos en que no existe representante legal; o *correctiva* cuando media oposición arbitraria o infundada, siendo juez competente el del domicilio del menor o incapaz que solicite la autorización, ante el Juzgado de Primera instancia (Capital Federal) o el que corresponda intervenir según la organización judicial de cada provincia.

El impedimento se califica como: *absoluto*; *temporario*; *impediente*: el menor que se casa sin autorización de su representante legal o del juez, se emancipa, adquiriendo la capacidad de obrar con ciertas limitaciones (arts. 134 y 135 CC.). Pero la falta de autorización acarrea la sanción que expresamente prevé el artículo 131 del Código Civil: "no tendrán (los menores) hasta los veintún años la administración y disposición de los bienes recibidos o que recibieren a título gratuito, continuando respecto de ellos el régimen legal de los menores". No hay por consiguiente sanción de nulidad del acto, sino sanción meramente patrimonial sobre la persona del menor que se casó sin autorización.

El artículo 131 concluye: "salvo ulterior habilitación", expresión "anómala" según Llambías, pues al referirse a menores que ya han quedado emancipados, no se advierte la necesidad de pedir una nueva emancipación. Para Méndez Costa si la sanción obedece a la falta de autorización, debe bastar con expresar ésta directamente ante el oficial del Registro civil.

Matrimonio del emancipado por habilitación de edad:

a) *Prescendencia de la venia*: en opinión de algunos autores (Llambías, Borda, Méndez Costa, Mazzinghi), el menor emancipado por habilitación de edad no necesita venia para contraer matrimonio. Llambías la funda en la capacidad genérica del emancipado y en el hecho de no haber la ley impuesto la prohibición de contraer nupcias sin autorización paterna. Se agregan además otros fundamentos como los de que el artículo 10 de la ley 2393 se refiere a menores y conceptualmente el habilitado ha dejado de serlo, y que no habría representante legal que pudiese otorgar la venia ya que la patria potestad o la tutela se han extinguido. Mazzinghi reitera su convicción de que la libertad matrimonial debe ser entendida como un valor de primera importancia, y que las disposiciones que la afecten deben ser interpretadas restrictivamente. Méndez Costa y Llambías ajustan su posición a los textos vigentes, pero aconsejan que se complemente el sistema exigiéndose expresamente la autorización. De lo contrario el habilitado podría sustraerse al control paterno y a la posibilidad de la revocación de la emancipación, convirtiendo por sí solo la emancipación revocable en emancipación irrevocable.

Esta corriente de opinión triunfó en el IV Congreso Nacional de Derecho Civil (Córdoba, 1971) que en atención al carácter revocable de la emancipación por habilitación de edad aconsejó se estableciese expresamente que el emancipado por habilitación de edad necesita asistencia para contraer matrimonio, en los términos del artículo 10 de la ley de matrimonio civil.

b) *Necesidad de la venia*: Spota, Ibarlucía, Belluscio, se basan en la aplicabilidad del artículo 10 de la ley 2393 en razón de que el habilitado sigue siendo menor; y en que las normas del Título

“De los menores”. (Libro I, Sec. 1ª, C.C.) contemplan la capacidad en la esfera patrimonial exclusivamente.

2º) *Matrimonio de sordomudos*: Según el artículo 10 de la ley 2393 los sordomudos que no saben darse a entender por escrito no pueden casarse entre sí ni con otra persona sin el consentimiento de su curador o venia judicial en su defecto.

La disposición legal ha sido criticada a veces enfáticamente como lo hace Bibiloni: “...Y a este ser perpetuamente niño, que siente y no piensa, a quien no se le permite otorgar una escritura ¿se le permite el casamiento? ¿Es sólo este acto un ayuntamiento sexual? ... Puede hacer signos, ¿de qué? ¿De unirse por su vida entera? ¿De obligarse a la fidelidad, a la protección, al trabajo para sostener la familia? Cuando el oficial lo interroga ¿lo oye? Cuando hace signo afirmativo —si lo hace— ¿es signo de qué. ¿No ejecuta más bien la lección que se le ha ordenado? ¿No hacen signos los locos?” (nota al art. 544 inc. 9 del Anteproyecto). Borda pregunta: “¿No implica esto facilitar uniones que pueden dejar una pesada herencia a los hijos?” (*Familia*, T. 1, nº 109). Para Busso “el artículo es criticable por ser inconsecuente con los principios generales del Código” (nota 22 al art. 10). Spota señala las graves dificultades de hecho con que se puede tropezar para que el sordomudo exprese su consentimiento matrimonial.

Alivia ese clamor Mazzinghi, de conformidad con la norma legal, manifestando sus dudas de que todo sordomudo sea incapaz de comprender la esencia del acto que realiza, por carecer de discernimiento, y presentar un cuadro general de deficiencia mental. En su concepto el legislador se pronunció —ante la duda—, a favor de la libertad matrimonial, y agrega que “las manifestaciones del sordomudo, su actitud frente al acto, y el aval que representa el expreso consentimiento del representante legal, deben ser considerados como suficientes para tener por otorgado el consentimiento matrimonial” (*Derecho de Familia*, T. 1, pág. 147).

Entiendo que el texto legal debe reformarse prohibiendo el matrimonio de sordomudos que, no sabiendo darse a entender por escrito, no tienen aptitud para comprender la trascendencia del acto ni pueden expresar su voluntad en forma inequívoca. Es decir, carecen de discernimiento —(no siempre la sordomudez lo presu-

pone)—, y de la educación suficiente, conforme a las modernas técnicas de comunicación, para expresar de manera indubitable el consentimiento matrimonial. Ya el Proyecto de la Comisión reformadora de 1936 establece el impedimento de sordomudez *sólo* “cuando los afectados no supieran manifestar su voluntad en forma inequívoca, por escrito o de otra manera” (arts. 54 y 339 inc. 7).

La ciencia médica actual nos informa sobre la rehabilitación de sordomudos que, con el tratamiento y la psicoterapia adecuados, logran una integración total al medio social, aun cuando no logren hacerse entender por escrito. Mantener el impedimento en estas condiciones es cercenar arbitrariamente el derecho natural de contraer matrimonio; es condenar al sordomudo a vivir en concubinato o imponerle el celibato perpetuo, negándole en fin la posibilidad de formar libremente una familia (Conf.: Iribarne, Ramón, págs. 160/161; Mazzinghi, t. 1, n^o 45, págs. 145 a 148; Pavón, T. 1, n^o 586).

a) *Fundamento*: El artículo 10 de la ley 2393 persigue en el caso de los sordomudos que no saben darse a entender por escrito, una finalidad de amparo hacia quienes la ley caracteriza como incapaces absolutos (arts. 54 inc. 4^o y 153 CC.), permitiéndole no obstante esa excepción a su incapacidad: contraer matrimonio con autorización de su curador.

Se advierte que no se trata de una prohibición jurídica en su sentido propio, que impida el acto por su naturaleza o contenido o desaprobe los efectos normales que deba producir. La expresión “no pueden” que usa el texto legal, indican el sentido y la finalidad de la prohibición, que no es otra que la de brindar especial protección jurídica para la realización de un acto trascendente de la vida civil como es el matrimonio.

b) *Carácter del impedimento*: Si el fin tuitivo de la regla legal fracasa, por inoperancia o desidia del oficial público o del curador (o inadvertencia, casi improbable o imposible), el acto jurídico celebrado en contra del mandato legal *es válido*. No puede aplicarse sanción de nulidad, porque no se prevé ese efecto para el caso de contravención; ni puede inferirse la nulidad del artículo 18 del Código civil, que es inaplicable a aquellas prohibiciones le-

gales que solamente *limitan* el ejercicio de ciertos derechos pero no impiden los *efectos* de actos no contrarios al orden público o a la moral social (Conf.: Larenz, págs. 585 y sgts.; V. mi Capítulo VIII: tesis sobre nulidades matrimoniales).

Los autores que sostienen la tesis del régimen específico sobre nulidades matrimoniales, excluyen la sanción de nulidad del matrimonio del sordomudo celebrado sin autorización del curador o venia judicial, en cuanto no está establecida expresamente dicha sanción en la ley que crea el impedimento ni en ninguna otra posterior.

Borda en cambio, por aplicación del artículo 18 del Código civil, se pronuncia por la nulidad del acto prohibido por la ley, pero estima que el impedimento “no sería dirimente” (?) desde que puede subsanarse con la asistencia y consentimiento del curador o del juez (*Familia*, t. I, n° 111).

Para Mazzinghi se trata de un impedimento dirimente que torna nulo al matrimonio, señalando que la nulidad es *relativa* ya que fue establecida para proteger el interés del incapaz: opinión que es compartida por Llambías.

c) *Consecuencias del matrimonio del sordomudo*: Realizado el matrimonio con asentimiento requerido según el artículo 10, nada se dice sobre la condición jurídica posterior al acto, enfrenándonos por tanto a una laguna legal.

El asentimiento del curador no implica, dice Mazzinghi, una recuperación plena de la capacidad respecto de los bienes del sordomudo, subsistiendo la incapacidad y la consiguiente representación legal en el orden patrimonial. En cuanto a la persona del sordomudo, agrega, el régimen de incapacidad debe extinguirse, correspondiendo atribuirle las facultades necesarias para la conducción de sus relaciones familiares; “nos parece impropio que se lo siga considerando un incapaz pleno, a quien se le da acceso al matrimonio sólo para que a través de él satisfaga su instinto sexual. Y a ello quedaría reducida la concesión legal, si el sordomudo casado siguiera sujeto al gobierno del curador en el plano personal” (T. 1, n° 45, pág. 150).

Para Belluscio, el matrimonio del sordomudo no hace cesar su incapacidad, es decir, que de ningún modo podría tener la administración ni la disposición de sus bienes. Si hubiere contraído matrimonio sin la venia exigida, no le cabe sanción alguna; la del artículo 13 de la ley de matrimonio civil o del actual 131, 2º párrafo del Código civil le es inaplicable.

Comparto esta última opinión entendiendo que, si sometido a curatela por un tercero, debe ser sustituida nombrándose nuevo curador al cónyuge del sordomudo (arts. 476 y ss. CC.) debiéndosele otorgar también el ejercicio de la patria potestad (arg. art. 309 CC.).

Las dificultades que presentan la ausencia de textos expresos sobre las consecuencias de las nupcias del sordomudo, se subsanarían con la reforma propuesta en esta materia, ya que el matrimonio celebrado por el sordomudo que aun no sabiendo darse a entender por escrito, tiene discernimiento y puede de otra manera manifestar su voluntad en forma inequívoca, debería ser causal suficiente para que proceda el levantamiento de la interdicción, con la plena recuperación de su capacidad, tanto en el orden patrimonial como familiar.

B. Impedimento derivado de la tutela.

1º) *Fundamento*: Según las fuentes del artículo 178 de Vélez —que fuera trasladado del código al artículo 12 de la ley 2393—, la prohibición contenida en la norma tiende a evitar el engaño de los pupilos por aquellos que les deben cuenta de la tutela. Su finalidad es por consiguiente proteger los intereses del menor y evitar maniobras destinadas a impedir una fiel rendición de cuentas. Dada la índole de la sanción —exclusivamente patrimonial—, Mazzinghi sostiene que el bien jurídicamente tutelado es el patrimonio del menor, y no la libre expresión de su consentimiento.

2º) Se trata de un impedimento *relativo* que se extiende a las siguientes personas:

- a) al tutor (igualmente a la tutora desde la ley 11.357); se admite que también recae sobre el curador (se extiende excepcional-

mente el impedimento a pesar de la interpretación restrictiva de los mismos por imperio de lo dispuesto en el artículo 475 del Código civil);

- b) a los descendientes legítimos sujetos a potestad del tutor. Se excluyen por tanto de la prohibición a los hijos emancipados; a los mayores de edad no interdictos del tutor; a los hijos extramatrimoniales; aunque en general la doctrina se pronuncia en desacuerdo con esta última exclusión, “ya que la distinción legal no parece de manera alguna razonable” (Borda). Se extiende también al ex-menor, habiendo alcanzado la mayoría de edad, si las cuentas de la tutela no hubieren sido judicialmente aprobadas.

3º) Es un impedimento *impediente*: la violación de la prohibición legal no acarrea la nulidad del acto matrimonial. La sanción prevista expresamente en la última parte del artículo 12 es la pérdida de la remuneración que le hubiere correspondido al tutor por el desempeño de sus funciones, reiterada en el artículo 453 del Código civil.

“Sin perjuicio de su responsabilidad penal” concluye el artículo 12 de la ley 2393; pero no existe sanción penal al no incriminar el Código penal como delito el matrimonio celebrado en violación a la prohibición legal.

C. Plazo de viudez o de espera.

Está previsto en el artículo 93 de la ley 2393.

Ya en el Derecho romano clásico la mujer no podía contraer nupcias antes de los diez meses de la disolución del precedente matrimonio por muerte del marido. En la época postclásica se extiende a un año, teniéndose también en cuenta la disolución por divorcio. La prohibición cesaba, en todo caso, si la mujer diere a luz antes de los diez meses o el año.

El Derecho canónico no contiene ningún impedimento para un segundo matrimonio, aun inmediato, de la mujer viuda (canon 1142). Tampoco existe este impedimento en el derecho británico ni en el de los países comunistas.

1º) *Fundamento*: El artículo 93 prohíbe a la mujer casarse hasta pasados diez meses de disuelto o anulado el matrimonio, a menos de haber quedado encinta, en cuyo caso podrá casarse después del alumbramiento. El fundamento del impedimento es el de impedir la *turbatio sanguinis* o confusión que podría suscitarse sobre la paternidad de la descendencia de la viuda o de la mujer cuyo matrimonio hubiere sido anulado. Se explica el plazo de la prohibición de diez meses que armoniza con el artículo 77 del Código Civil como plazo máximo de duración del embarazo.

No se trata de dudas en cuanto a la "legitimidad" del hijo concebido, condición jurídica resuelta por los artículos 241 y 242 del Código.

2º) Es impedimento *transitorio* ya que cesa cumplido el plazo de diez meses (salvo el supuesto de excepción) Para alguna doctrina, el plazo legal resulta excesivo; así, Borda estima que "establecida la imposibilidad de que la mujer lleve en su seno un hijo del marido anterior, la espera de diez meses carece de toda razón jurídica o biológica" (T. I, Nº 105), dando como ejemplos los casos de que el matrimonio anterior hubiere sido anulado por impotencia del marido, y el de la esposa que hubiere abortado después de enviudar o de declararse la nulidad. Según esta idea la prohibición no debiera aplicarse tampoco a los casos en que la edad de la mujer hace imposible la concepción.

Existe un precedente jurisprudencial que estimó que la prohibición era absoluta y no admite excepciones fuera de las que la misma disposición legal prescribe "aun cuando haya mediado una separación de hecho de varios años antes de la fecha de la muerte del cónyuge de la interesada" (C. Civ. 2ª en LL 6-262).

Una interpretación favorable a una excepción de la prohibición legal puede admitirse cuando, promovido el juicio de divorcio o de nulidad de matrimonio, el nacimiento se produce después de los trescientos días de la separación, conforme a la nueva redacción del artículo 250 del Código Civil, ya que no existen en este caso conflictos en virtud de las presunciones legales (arts. 240 y ss. CC).

3º) Es impedimento *independiente*, cuya transgresión no habilita para el ejercicio de la acción de nulidad de matrimonio, sino que es

causa de sanciones meramente patrimoniales consistentes en la pérdida de los legados y cualquier otra liberalidad o beneficio que el marido le hubiese hecho en su testamento (art. 94 LMC). Es decir que, no habiendo testamento, no hay sanción de ninguna especie, ya que no puede entenderse que la misma sea aplicable a los derechos que la mujer pueda tener como heredera legítima.

De violarse la prohibición, no sólo se produciría la caducidad de los legados, sino también la de las mejoras que en el testamento le hubiere hecho el cónyuge premuerto y la de la misma institución hereditaria.

Normas administrativas dictadas por el Registro Civil de la Capital Federal (Res. 25 del 1-9-1970): "a) no existiendo la posibilidad de que se produzca la *turbatio sanguinis* en razón de la edad de la mujer y de su larga separación conyugal, procede autorizar a la viuda a contraer nuevo matrimonio antes de vencido el plazo que fija el artículo 93 de la ley de matrimonio civil, y bajo la sanción del artículo 94; b) las distintas circunscripciones procederán a dar trámite normal a toda solicitud de mujer de estado civil viuda a los efectos de contraer nuevo matrimonio, sin consideración alguna a la fecha en que hubiese quedado disuelto el matrimonio anterior por fallecimiento de su cónyuge, pero hará saber a la contrayente que se case durante el plazo previsto en el artículo 93 de la ley 2393, la sanción establecida en el artículo 94; c) cuando de la documentación acompañada surja sentencia judicial de nulidad de un anterior matrimonio, la mujer no podrá celebrar otro ulterior durante los diez meses siguientes, salvo que haya quedado encinta, en cuyo caso podrá hacerlo después del alumbramiento".

IV. IMPEDIMENTOS EUGENESICOS

6. A) Eugenesia. Concepto y fundamentos.

Si bien desde la antigüedad existieron prohibiciones de contraer matrimonio con personas que padecían distintas dolencias o enfermedades, o simplemente lo aconsejaban —Código de Manú—, los impedimentos eugenésicos no fueron legislados ni por el derecho romano ni aun por la codificación que siguió al Código francés.

La eugenesia como ciencia se formula recién a fines del siglo XIX con los estudios realizados por el médico inglés Francisco Galton, volcados en sus obras publicadas en 1869 y 1884, dando el nombre de *eugenics* a la nueva ciencia. En 1935 la Academia recogió el vocablo eugenesia, definiéndola como “la aplicación de las leyes biológicas de la herencia al perfeccionamiento de la especie humana”.

Galton la considera como “la ciencia que tiene por objeto el estudio de los factores que pueden mejorar o debilitar los caracteres hereditarios de las generaciones futuras”; y, desde el punto de vista jurídico, puede definirse como lo hace Díaz de Guijarro: “la rama del Derecho que protege la salud como bien jurídico y procura el mejoramiento físico social e individual” (Díaz de Guijarro, *El impedimento matrimonial de enfermedad*, N° 9).

Pretende pues esta ciencia prevenir las degeneraciones, mejorando los caracteres hereditarios de una raza; obtener el mejoramiento de la especie humana y luchar contra la transmisión de enfermedades por vía de la herencia. La creación de impedimentos eugenésicos encuentra su fundamento en la concepción intervencionista del Estado moderno, que los regula en ejercicio de sus facultades de policía de la salud, con fines sociales.

En las legislaciones modernas las primeras leyes que crearon impedimentos matrimoniales de enfermedad fueron: una ley búlgara de 1897 que prohibió el matrimonio de los epilépticos; una ley mexicana de 1917 que estableció como causales de nulidad de matrimonio las enfermedades venéreas, contagiosas y hereditarias; la ebriedad habitual y las afecciones crónicas e incurables transmisibles.

El Código civil suizo de 1907 y el de Brasil de 1917 vincularon la enfermedad con el consentimiento matrimonial, posibilitando reclamar la nulidad de matrimonio, al contrayente que hubiere ignorado la enfermedad grave y transmisible por contagio o herencia, capaz de poner en peligro la salud del otro cónyuge o de la prole; o en caso de ocultamiento doloso por parte del enfermo.

También vinculan la cuestión con el consentimiento matrimonial otras legislaciones como las de Alemania (1946), el Derecho británico, el austríaco.

Leyes de diversos estados americanos, europeos y asiáticos legislan prohibiciones nupciales basadas en enfermedad, como impedimentos o situaciones autónomas que obstaculizan la celebración de matrimonio: tales las leyes de Perú, México, Venezuela, Panamá, Estados Unidos de Norteamérica, Dinamarca, Suecia, y otros.

B) Valoración.

La eugenesia (*eu*: bien o bueno; *genesia*: origen, es decir, la buena generación o el buen origen), manifestada en medidas legislativas *prohítorias* o *dilatatorias* para la celebración de matrimonio, puede ser apreciada en un doble enfoque: el aspecto negativo que la aplicación de esta ciencia presenta es que en aras del mejoramiento humano, preconiza prácticas repudiables como son la esterilización, el aborto, el infanticidio, la eutanasia, los métodos anticonceptivos no naturales. En cambio, debe señalarse un aspecto positivo ya que “obra mediante el cuidado prenatal y postnatal de la madre y el 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” (Ferrer, Francisco M. y Ferrer, Francisco A. M., págs. 176 - 177).

Las principales argumentaciones opuestas a la creación de impedimentos eugenésicos han sido expuestas por Frías, quien considera que ellos importan considerar al matrimonio como una operación fisiológica o como un medio lícito de satisfacer las pasiones, concepto opuesto al de que el matrimonio no sólo es unión de cuerpos sino también de almas; que dichos impedimentos contribuyen al aumento de las uniones concubinarias y al número de hijos ilegítimos; que se trata de medidas peligrosas por no estar suficientemente avanzado el conocimiento científico de la herencia mórbida.

Díaz de Guíjarro por su parte reconoce que el matrimonio tiene un fin espiritual y moral superior al fin material de la reproducción, pero afirma que el impedimento de enfermedad no subordina el primero al segundo sino que es la vía adecuada para que ambos se realicen conjuntamente, lo que no puede ocurrir cuando la enfermedad de los hijos o de los cónyuges es efecto de las dolencias propagadas por obra del mismo matrimonio. El matri-

monio reposa en una razón ética que surge del mencionado fin espiritual y del deber de lealtad que tienen los contrayentes entre sí y con respecto a hijos futuros, que obliga a no ocultar enfermedades. Niega asimismo que el impedimento aumente las relaciones extraconyugales y la procreación de hijos ilegítimos, basado en estadísticas que así lo prueban, fuera de que la perspectiva de la ilegitimidad se presenta en la totalidad de los impedimentos matrimoniales.

Varios juristas argentinos preconizan la supresión del impedimento de enfermedad sobre la base de la doctrina católica, fundamentalmente expuesta en la encíclica *Casti Connubii*, dada por Pío XI en 1930, la que, criticando a “quienes 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, quisieran que la pública autoridad prohibiese contraer matrimonio a todos los que, según las normas y conjeturas de su ciencia, juzgan que habían de engendrar hijos defectuosos por razón de la transmisión hereditaria, aun cuando sean de suyo aptos para contraer matrimonio”.

Llambías, no obstante compartir la doctrina católica, cree que no se opone a esta posición la mera postergación de la posibilidad de celebrar el connubio en tanto permanezca vigente el período de contagio, lo que justificaría por ejemplo, a la luz de tal temperamento, la exigencia del certificado prenupcial. Borda estima igualmente que la exigencia del certificado no constituye una prohibición irreparable para contraer matrimonio, sino simplemente una postergación hasta que pase el período de contagio, medida prudente y beneficiosa para todos.

Mazzinghi cita a la encíclica *Pacem in terris* de Juan XXIII, que entre los derechos naturales enuncia el de crear una familia, pero señala que tales derechos están inseparablemente unidos a deberes, así al derecho de contraer matrimonio corresponde el deber de evitar que su ejercicio atente contra la conservación de la integridad física del otro cónyuge y de la prole. Admite Mazzinghi en principio el impedimento de enfermedad, pero apunta las condiciones esenciales de su legitimidad: en primer lugar que se lo instituya

con carácter meramente impediante, es decir que no se erija su violación en causa de invalidez del matrimonio; en segundo lugar, que la regulación legislativa contemple con criterio excepcional aquellos casos en los cuales el matrimonio no constituye la iniciación de la comunidad de vida ni la condición para el advenimiento de la prole, como cuando el enfermo aspira a casarse para legitimar su descendencia y regularizar una situación preexistente; y por último expresa su repulsa por otras medidas eugenésicas como la esterilización, que significa un ataque directo e injustificable contra la integridad de la persona (T. 1, págs. 166 y 167).

7. Impedimentos por razones eugenésicas en el derecho argentino.

Ley 2393: en su artículo 9 (incs. 1 y 2) establece el impedimento de consanguinidad, que hemos visto tendría implicancias eugenésicas por la presunta degeneración patológica de la descendencia de uniones entre parientes de grado próximo.

El artículo 24 inciso 2 señala que la oposición puede fundarse “en la enfermedad contagiosa o grave deficiencia física de la persona que pretenda casarse con el menor”; y el inciso 4º permite que la oposición del tutor o curador puede fundarse —si el varón tuviere menos de dieciocho años y la mujer menos de quince—, “en cualquier motivo razonable que el juez apreciará libremente” pudiendo caber dentro de esos motivos, razones de índole eugenésica.

Ley 11.359 (art. 17 derogado por el art. 4º de la ley 17.711). El artículo 17 estableció: “Queda prohibido el matrimonio entre leprosos y el de una persona sana con una leprosa”.

Fueron varios los fundamentos de la derogación de esta norma, entre ellos el de que en el estado actual de la ciencia el impedimento no se justificaba, dado el empleo de las sulfonas y de otros medicamentos; el de que la lepra no es hereditaria; que es la menos contagiosa y que no toda persona sana puede contraerla; por lo que la prohibición matrimonial resultaba desmedida.

No obstante algunos autores opinan que al suprimirse el impedimento debió preverse un examen médico o la ampliación del examen prenupcial como requisito previo para el matrimonio, y

ponérselo en conocimiento del contrayente sano quien así no podría atacar la validez del acto fundado en su error o en el ocultamiento doloso de la enfermedad.

Ley 12.331. Impedimento de enfermedad venérea en período de contagio. Trátase de un impedimento de fundamento *eugenésico; transitorio; absoluto e impediénte.*

Al referirse la ley a *enfermedad venérea*, su calificación y apreciación queda librada al arbitrio judicial conforme a los aportes de la ciencia médica, no interesando el grado de gravedad aunque sí que esté en período de contagio. Por consiguiente, el impedimento es una medida de *postergación* del matrimonio, tendiente a evitar el contagio del otro cónyuge, pero resulta limitada en su finalidad eugenésica porque no impide la posibilidad de la transmisión hereditaria a la prole.

Precisamente para constatar la enfermedad y si ella existe en período de contagio, la ley 12.331 impone al contrayente varón un examen médico previo y la extensión del certificado prenupcial, del cual debe resultar la inexistencia del impedimento. El certificado debe expedirse gratuitamente por los servicios médicos nacionales o los médicos que las autoridades sanitarias determinen.

La *ley 16.668* extendió la obligación del examen previo y la presentación del certificado prenupcial a las mujeres.

Omisión del certificado: La falta de presentación del certificado no afecta la validez del acto matrimonial, sino solamente es causa de sanciones para el oficial público que no lo exigió (multa y en caso de reincidencia, duplicación de la multa y exoneración del cargo —art. 16 ley 12.331 y art. 3 ley 16.668—); sin perjuicio de la responsabilidad que correspondiere a aquel que ha falseado el certificado.

Excepciones a la exigibilidad del certificado prenupcial:

a) La presentación del certificado constituye una diligencia previa que se agrega a las previstas en los artículos 17 a 19 de la ley de matrimonio civil, y por tanto puede prescindirse de él en el caso de matrimonio *in extremis* (art. 46 de la ley 2393).

b) Matrimonio celebrado donde no hay médico próximo: el supuesto está contemplado en las "Normas" dictadas por el Departamento Nacional de Higiene en 1943, que disponen que "en las localidades en que no hubiera médico y que quedaran a una distancia mayor de 100 km. de otra en que residiere un facultativo, el Jefe del Registro civil eximirá a los contrayentes masculinos de la exigencia del certificado prenupcial, sólo en el caso de que sean vecinos radicados en esa localidad o justifiquen tal circunstancia ante las autoridades competentes, previa declaración jurada de que no padecen ninguna enfermedad venérea ni lepra". El texto debe comprenderse, en virtud de leyes posteriores, en el sentido de que la excepción se extiende a las mujeres, no precisándose declaración sobre el padecimiento de lepra.

c) Matrimonio entre concubinos: Las "Normas", modificadas por Resolución de la Secretaría de Salud Pública del 30-XII-1946 establecen: "Cuando se trata de familias ilegalmente constituidas, que tenga o no hijos, nacidos o por nacer, y en que el futuro contrayente se encuentre en período infecto-contagioso de su enfermedad, quedará postergado el matrimonio". Las autoridades competentes entregarán el correspondiente certificado prenupcial, recién cuando comprueben que el enfermo ha salido del período infecto-contagioso de la afección.

d) Matrimonio subsiguiente a delitos contra la honestidad: Un decreto de la Provincia de Buenos Aires de 1944 establece que "los matrimonios consiguientes a delitos considerados por el artículo 132 del Código Penal" están eximidos de la presentación del certificado prenupcial.

Borda aprueba la excepción atento a que el artículo 132 del Código Penal establece que quedará exento de pena el delincuente si se casara con la ofendida, prestando ella su consentimiento, después de restituida a casa de sus padres o a otro lugar seguro; "si la ley penal brinda esta solución para cubrir el delito y dejar a salvo el honor de la víctima, no es posible aplicar ciega e indis-

crimadamente la prohibición de la ley 12.331, no obstante sus fines eugenésicos” (T. 1, nº 85, d).

En opinión contraria se pronuncia Belluscio que considera a la excepción como “una verdadera aberración” no sólo porque el matrimonio reparador puede celebrarse una vez curada la enfermedad o pasado el período de contagio, sino también porque en el caso de raptó o abuso deshonesto nada autoriza a pensar que el contagio ya se haya producido, y en los supuestos de violación y estupro, aunque lo más probable es que la víctima ya haya sido contagiada, no necesariamente se habrá producido la concepción (T. 1, nº 207, pág. 420).

Matrimonio celebrado en violación a la prohibición legal:

Por supuesto el tema refiere a la violación del *impedimento*, es decir, al caso de que el matrimonio se celebre con enfermedad venérea en período de contagio, situación que puede darse en el supuesto de omisión del certificado prenupcial o de falsificación del mismo.

Al violarse la prohibición se debe juzgar por tanto, la validez o invalidez del acto matrimonial.

La doctrina que comparte la tesis de la especialidad en materia de nulidades matrimoniales, considera al matrimonio *válido*, ya que no hay disposición legal que imponga la sanción de nulidad.

Díaz de Guijarro, Frías y Busso, enrolados en la tesis amplia, entienden que si las nupcias se celebraron en violación al impedimento, la sanción que recae sobre el acto es la *nulidad absoluta*, apoyándose en el artículo 18 del Código civil que dispone que “los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor, si la ley no designa otro efecto para el caso de contravención”. Borda, también en esta corriente, considera que la nulidad es *relativa*, y arguye que en materia de matrimonio, no es posible atenerse rígidamente a los principios generales de la nulidad. Si bien no cabe duda, dice, de que aquí media un interés social, también es evidente que en numerosos casos la anulación de estos matrimonios “resulta repug-

nante a nuestra sensibilidad moral, y es, por tanto, inadmisibles” (T. 1, n° 200, pág. 157).

Mazzinghi, Spota, consideran que el impedimento eugenésico no es dirimente teniendo en cuenta el principio que impone, ante la ausencia de sanción expresa, restringir la aplicación de impedimentos matrimoniales, dado que la aplicación indiscriminada del artículo 18 a los casos de violación de impedimentos eugenésicos, no se integra armoniosamente con el régimen argentino de nulidades matrimoniales. Y en todo caso debe evitarse que la unión celebrada con consentimiento no viciado, se traduzca en una simple unión de hecho. Si el matrimonio se celebra, agregan estos autores, sólo podría anularse si la enfermedad venérea en período de contagio hubiera sido objeto de un *vicio de consentimiento*.

A esta posición adhieren los doctores Ferrer (*ob. cit.*, pág. 188) y la comparto plenamente.

Como se verá más adelante al tratar acerca de las tesis sobre nulidades matrimoniales (Cap. VIII), no es posible aplicar el artículo 18 del Código civil a esta materia, sin interpretarlo íntimamente, renunciando a un puro rigorismo formal, para hacerlo congruente con el régimen que mejor se adecue a la defensa de la integridad y permanencia de la familia constituida sobre la base de un acto jurídico sano, en su naturaleza y contenido.

En la prohibición que nos ocupa, la existencia de la enfermedad venérea en período de contagio es sólo una circunstancia *externa* de la celebración, una mera irregularidad que entorna al acto, pero no lo penetra jurídicamente en su esencia.

Si el matrimonio se ha celebrado con los requisitos naturales y de forma que crean el vínculo conyugal, la transgresión del impedimento es irrelevante; no invalida la existencia o eficacia del acto, ni se opone gravemente a la esencia moral del matrimonio o de los vínculos familiares.

Porque el sentido y la finalidad de la prohibición es solamente *prevenir, informar* a los contrayentes sobre la limitación temporaria de su derecho a casarse en razón de que se padece de enfer-

medad venérea cuya gravedad impone la necesidad de postergar la celebración.

Siendo su función meramente preventiva, puede dar lugar a la oposición a la celebración del matrimonio y a negativa del oficial público (art. 40 LMC). Si las nupcias se contraen a pesar del impedimento, pueden darse algunos efectos incidentales, como sanciones para el oficial público que celebró el casamiento prescindiendo del certificado (art. 16 ley 12.331) o para aquel que lo falsee (médico, contrayente, el oficial público o un tercero).