

RESPONSABILIDAD CIVIL

DEL SIDA

EN EL MATRIMONIO

CAPITULO I

1- PRINCIPIOS GENERALES EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL DERECHO DE FAMILIA

Es común caracterizar la relación jurídica conocida como responsabilidad civil, a través de la obligación que el ordenamiento jurídico impone a un sujeto, de resarcir el daño causado a otro. Este concepto general, no alcanza la jerarquía de una definición porque omite los presupuestos esenciales que deben estar presentes para que se ponga de manifiesto el deber de resarcir el daño a cargo del sujeto causante del perjuicio.

Sostiene el Dr. Roberto H. Brebbia que la “responsabilidad civil se debe construir sobre la base de la noción de hecho dañoso, que viene a constituir el vértice del sistema, toda vez que sin daño causado no puede existir responsabilidad en derecho privado” (art. 1067 del Cód. Civil)

Agrega el autor citado que los requisitos para que se configure al responsabilidad civil, son:

1.- La acción humana positiva o negativa que origina el daño, acción humana que debe ser antijurídica, es decir contraria a lo que dispone el ordenamiento jurídico considerado en su totalidad.

2.- Culposa, conforme al art. 1067 del Código Civil.

3.- Que debe haber ocasionado un daño a otra persona.

4.- Finalmente que entre la acción y el daño medie una relación de causalidad adecuada (arts. 901 a 906 del Cód. Civil) ¹

En función de los elementos enumerados, hay responsabilidad civil cuando un sujeto, actuando antijurídicamente, ocasiona un daño a otro y en mérito a la atribución que de tal resultado hace el ordenamiento jurídico al imputado- sea a título de culpa o

¹ BREBBIA, Roberto H., “Responsabilidad Precontractual”, pág. 30. Ed. La Rocca, 1987.

por factores ajenos al principio a esa idea tiene la obligación de reparar el daño causado.

2

En materia de relaciones de familia el problema de la responsabilidad civil presenta notas singulares y características, a saber:

a) La responsabilidad civil allí es de carácter extracontractual o aquiliana ya que la misma no tiene su origen en el incumplimiento de un contrato, sino en la violación de un deber impuesto por la ley.

b) En el ámbito de la responsabilidad civil de las relaciones de familia, la culpa juega como elemento predominante de atribución de responsabilidad, en desmedro de la responsabilidad por riesgo.

c) La violación de las relaciones jurídicas en materia familiar pueden originar daños morales y patrimoniales. Los primeros, de los que nos ocuparemos, son naturalmente de una jerarquía superior a los segundos y pueden consistir en sufrimientos morales inferidos durante el acto jurídico matrimonial, perjuicios provenientes del divorcio vincular o de la separación personal, lesiones al estado de familia, etc.

2 - ANALISIS DE LA LEY NACIONAL No 23.798

La Ley nacional No 23.798 fue sancionada el 16 de Agosto de 1990, promulgada por el Poder Ejecutivo el 14 de Setiembre y publicada en el Boletín Oficial el 20 de Setiembre del mismo año.

En su texto, que consta de 23 arts., regula aspectos importantísimos que hacen a la lucha contra el Síndrome de Inmunodeficiencia adquirida (SIDA) consistente en la detección e investigación de sus agentes causales, el diagnóstico y tratamiento de la enfermedad, su prevención, asistencia y rehabilitación.

A los efectos de la adopción de medidas tendientes a evitar la propagación del flagelo, declara de interés nacional las acciones que se llevan a cabo contra el mismo.

Propende asimismo a la educación de la población en lo atinente a la materia, para el mayor éxito en la lucha contra la enfermedad.

El art. 2º contiene principios fundamentales tendientes a evitar que se hiera la dignidad de la persona humana, se produzcan efectos de marginación, estigmatización,

² BREBBIA, Roberto H., Ob. cit, pág. 33

degradación o humillación, se exceda en el marco de las excepciones del secreto médico; se incursione en el ámbito de la privacidad, y se individualice a las personas a través de fichas o registros, por lo que los mismos deberán llevarse en forma codificada, según exigencia de la norma.

En las IV Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal, celebradas en Junín los días 25-27 de Octubre de 1990 se aprobó, de lege ferenda, que como pauta orientadora, se deberán tener en cuenta los principios contenidos en el art. 2º de la ley, lo que habla de por sí, de la indudable trascendencia del dispositivo que comentamos.

La ley tiene vigencia en todo el territorio de la Nación y la autoridad encargada de su aplicación es el Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación, a través de la Subsecretaría de Salud.

Las autoridades sanitarias deberán desarrollar programas para el cumplimiento de las finalidades descriptas en su art. 1º, como así también, promover la capacitación de recursos humanos y fomentar el desarrollo de actividades de investigación que se instrumenten y promover la concertación de acuerdos internacionales para el desarrollo de programas comunes referidos a los fines de la ley. Dispone también, que el Poder Ejecutivo deberá arbitrar medidas para llevar a conocimiento de la población las características del SIDA, sus causas, medios de transmisión y contagio etc.

Es importante destacar que esta enfermedad, según la ley es de notificación obligatoria, dejando aclarado que la notificación se refiere al caso específico de enfermos de SIDA y no de portadores.

Además de imponer obligaciones a los profesionales que detecten el virus, establece sanciones por los actos u omisiones que impliquen trasgresión a las normas de profilaxis impuestas y a las reglamentaciones que se dicten, sanciones que pueden consistir en multas, inhabilitación en el ejercicio profesional y en clausura total o parcial, temporaria o definitiva del consultorio, clínica, instituto, sanatorio, laboratorio, o establecimiento donde actúen las personas que hayan cometido la infracción.

La detección del virus o la presunción fundada de que un individuo es portador, obliga al profesional a informar sobre el carácter infectocontagioso del mismo, los medios y formas de transmitirlo y su derecho a recibir asistencia adecuada según el art. 8º. Un análisis sistemático de la Constitución Nacional, del Pacto de San José de Costa

Rica y de los propios términos del articulado en estudio, nos llevan a sostener el derecho del enfermo a obtener medicación gratuita por parte del Estado.

Obliga también a la autoridad nacional de aplicación a establecer las normas de bioseguridad en cuanto al uso de material calificado o no como descartable, considerándose el incumplimiento de tal obligación como falta gravísima y recayendo la responsabilidad sobre el personal que los manipule, como así también sobre los propietarios y la dirección técnica de los establecimientos.

Aunque la norma comentada en sus principales disposiciones, pueda tener algunas omisiones, debe reconocerse que, desde el punto de vista jurídico, ha significado un importante avance en la lucha contra este flagelo que cada día preocupa más a las autoridades y pueblo de nuestro país.

Entre los elementos predominantes del decreto reglamentario No 1244/91 de la ley 23.798 podemos mencionar la confidencialidad y el anonimato, dejando a salvo en que casos en que el médico queda relevado del secreto profesional en virtud de auto judicial respectivo, o cuando bajo su exclusiva responsabilidad el profesional considere necesario que debe suministrar información a terceros con el objeto de evitar un mal mayor

El 28 de Febrero de 1997 se sancionó en la Provincia de Santa Fe la ley 11.460 que contiene normas similares para la prevención y tratamiento del SIDA.

3 - EL SIDA FRENTE AL DERECHO DE PRIVACIDAD A LA LUZ DE CASOS JURISPRUDENCIALES EN EL DERECHO ARGENTINO Y COMPARADO

Antes de entrar al análisis de casos jurisprudenciales por respecto a la posibilidad de invasión al derecho a la privacidad por su vinculación con el SIDA, resulta conveniente, aunque sea en forma breve, hacer algunas referencias al derecho a la intimidad con referencia especial a nuestro derecho positivo, por la enorme trascendencia del tema, que conduce, según la Dra. Matilde M. Zavala de González, al análisis de uno de los aspectos que integran el concepto de persona.

La ley 21.273 introdujo al Código Civil el art. 1071 bis que textualmente dispone: “El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades si antes no hubieran cesado y a pagar una indemnización que

fijará equitativamente el juez de acuerdo con las circunstancias; además, podrá éste, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuere procedente para una adecuada reparación”.

La autora citada, expresa que se advierte también en el hombre un movimiento concéntrico, un giro hacia sí mismo, una actividad cuya nudo radica en el propio ser y en lo que lo rodea de modo próximo o inmediato, agregando que la noción filosófica de intimidad es receptada por el ordenamiento jurídico y sosteniendo que la intimidad “es un concepto espiritual”.

En cuanto a su naturaleza jurídica, el derecho a la intimidad, para la jurista, es personalísimo, innato, vitalicio y extrapatrimonial.

La define diciendo que: “el derecho a las intimidades, es el derecho personalísimo que protege la reserva espiritual de la vida privada del hombre, asegurando el libre desenvolvimiento de éste en lo personal, en sus expresiones y en sus efectos”³

El derecho a la intimidad tiene reconocimiento constitucional, ya que nuestra Carta Magna en su art. 19 dispone que las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados. Se trata de una zona de intimidad jurídica.

Todo ciudadano tiene derecho a que se respete su privacidad.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido marco constitucional a los derechos de la personalidad relacionados con la intimidad, la conciencia y el derecho a disponer de su propio cuerpo. La convivencia humana se ha dispuesto sobre la base de atribuir al individuo una esfera de señorío sujeto a su voluntad.

No obstante ello, ha sostenido el alto Tribunal, que ese derecho no es absoluto. Que encuentra su límite legal en el interés superior que significa el resguardo a la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres, o la persecución del crimen.⁴

Entrando ya al análisis concreto de algunos casos jurisprudenciales, cabe mencionar un voto en disidencia del Dr. Petracchi que argumenta: “La estructura de la ley 23.798 permite inferir que el propósito de quienes la redactaron fue el de establecer, como regla

³ ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde M. “Derecho a la intimidad” en Rev. La Ley 1983-C pág. 1123

⁴ CORBO, Carlos María “Conflicto de intereses entre los derechos a la identidad y a la intimidad”, J.A. 2001-IV, Pág.15

general, que es necesario el consentimiento previo de una persona para que sea legalmente posible determinar si ésta es portadora del virus HIV ya que se determinó en qué supuestos no es necesario dicho consentimiento (arts. 5º, 7º y 9º) y continúa diciendo si la necesidad del consentimiento previo antes de ser sometidas al test del HIV rige en el caso particular de las personas que forman parte de los grupos en riesgo de acuerdo al art. 6º del decreto 1244/91, que reglamenta la ley 23.798, con más razón debe regir respecto de aquellas personas que no integran tales grupos”.⁵

Otro fallo digno de comentario, sostiene que “el propósito preeminente que inspiró el dictado de la ley 23.798 no fue el resguardo del derecho a la intimidad de las personas lo que queda corroborado por las medidas dispuestas en los arts. 5º, 7º y 9º de la misma, sino la protección de la salud pública”.⁶

Un decisión de los tribunales de nuestra ciudad, afirmó que “la violación del deber de confidencialidad del art. 2º, inc. e), de la ley 23.798 –lucha contra el SIDA-, que impide individualizar a las personas sometidas a análisis de HIV, mediante fichas, registros o almacenamiento de datos en el caso, el resultado “reactivo” del primer análisis realizado al actor se asentó con nombre y apellido en un informe es encuadrable en el art. 1071 bis del Cód. Civil y responsabiliza al laboratorio que practicó el análisis por el daño causado”.⁷

En otro pronunciamiento se ratificó que “si bien la enfermedad del difunto –SIDA- era de dominio público antes de que apareciera la noticia en el medio periodístico demandado en virtud de tratarse de una habitante de una pequeña ciudad del interior donde las noticias de la índole de la que nos ocupa suelen saberse en forma más generalizada, no todos tenían por qué saber que precisamente se trataba de la persona del fallecido, cosa que ésta que sí sucedió a partir de que el medio informativo brindara nombre, lugar y hora del fallecimiento, profesión y otras circunstancias del caso, todo ello con letras destacadas en un lugar prominente al pie de su primera página, por lo que ha violado el derecho a la intimidad, en el que se haya inserto el del anonimato, y ha

⁵ LA LEY, 1998-E 801

⁶ LA LEY, 1997-D 253 – DJ, 1997 –3-240

⁷ Cámara de Apelaciones en lo civil y Comercial de Rosario, Sala II, 2000/09/01, LA LEY, 2001-E, 310.

lesionado los sentimientos de los actores, en el caso su concubina e hijos, por lo que debe responder”.⁸

Un fallo que enaltece a la justicia argentina y con amplio reconocimiento internacional en donde indudablemente pesaron las opiniones de organizaciones de derechos humanos y que constituye un precedente valioso y original en el plano mundial, es el caso “Maldonado Quiroga” que se hizo lugar a la acción de amparo impetrada por los señores Fabián Maldonado Quiroga y Andrea Marisol Macaluso, quienes habrían petitionado por su derecho a contraer matrimonio; el pronunciamiento judicial, se fundó en que la enfermedad del SIDA no configura impedimento legal; por ello la veda dispuesta en un primer momento por el Registro Civil fue objeto de una posterior revisión judicial.

Sostiene el pronunciamiento que el hecho planteado coloca a los peticionantes al margen de los alcances propios del impedimento eugenésico.

Destaca el fallo que los presentantes no pueden ser obligados a hacer lo que justamente las leyes 23.515, 12.331 y 16.668 no mandan, ni privados de lo que ellas no prohíben, fundándose no sólo en la libertad jurídica, sino también en normas internacionales regulatorias de los derechos humanos.⁹

Entrando ya a la jurisprudencia en el derecho comparado, corresponde mencionar que en Pensilvania, una paciente accionó contra su médico que atacó su confidencialidad revelando el resultado de un examen sanguíneo (HIV positivo), habiéndole practicado la extracción sin hacerle saber que iba a ser examinada para determinar si padecía de SIDA.¹⁰

Otro antecedente digno de mención, nos los brinda la jurisprudencia estadounidense refiriéndose al caso de invasión al derecho a la privacidad, en ocasión en que se demandó a un hospital y a su cuerpo médico en razón de chequear la sangre con sueros detectores de anticuerpos HIV, sin consentimiento del interesado y lesionando, por ello, el derecho de privacidad del paciente.¹¹

⁸ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes, sala II, 1997/05/06, LLBA, 1997-881.

⁹ ZUCCHERINO, Ricardo Miguel “El Sida frente al derecho y la humanidad”, Ed. Depalma, año 1992.

¹⁰ MEDICAL MALPRACTICE (Law y Strategy) p. 4, enero de 1988. Ed. For The Medical Malpractice, Department of Wilson, Elser, Moskowitz, Edeñman and Dicker, New York.

¹¹ DOC. C. HOSPITAL Wille Eye, 30/3/88.

Se demandó, por violación al derecho a la intimidad, a quien, utilizó una muestra de sangre para un examen premarital para hacer un test HIV que resultó positivo.

En otro caso, fundándose en la misma causal, violación al derecho a la intimidad, se demandó al médico que hizo perder el trabajo a un técnico quirúrgico al divulgar el resultado de su examen de HIV, al empleador.¹²

¹² MEDICAL MALPRACTICE p. 1. Vol. V, No 10 agosto/ 88.

CAPITULO II

1- IMPEDIMENTOS MATRIMONIALES

Los impedimentos matrimoniales se definen diciendo que son los hechos o situaciones que importan un obstáculo para la celebración del matrimonio.¹³

Los impedimentos legales están taxativamente enumerados, es decir que no pueden ser ampliados por vía de interpretación, ya que la ley parte de la presunción de que todas las personas están facultadas para contraer matrimonio, salvo naturalmente, las que se encuentran en las situaciones de excepción expresamente previstas.

Existen distintas clasificaciones de los impedimentos matrimoniales pero la más importante es la que distingue entre dirimentes e impedientes o prohibitivos, expresiones que la doctrina nacional ha adoptado del derecho canónico y de los autores de la legislación comparada.

Los impedimentos dirimentes son los enunciados en los incs. 1º a 8º del art. 166 del Código Civil ya que para tales casos la sanción de nulidad está dispuesta en los arts. 219 y 220 del Código Civil.

Impedimentos impedientes o prohibitivos son aquellos cuya violación no da lugar a la invalidez del matrimonio, sino que se resuelven en sanciones de otro tipo, o tienen solo una función preventiva, de suerte tal que si el Oficial Público que los conoce debe negarse a celebrar el matrimonio, pero que una vez celebrado, su inobservancia no produce ninguna consecuencia jurídica.

Hemos dicho que la clasificación comentada procede del derecho canónico, y allí, según Zannoni, la distinción se formula diciendo que los impedimentos dirimentes se oponen u obstan a la celebración de un matrimonio válido; los impedientes se oponen a la celebración de un matrimonio lícito.¹⁴

2 - EL SIDA COMO IMPEDIMENTO DEL ACTO JURIDICO MATRIMONIAL

Actualmente se sigue debatiendo si el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA) debe ser considerado o no como un impedimento eugenésico.

¹³ BELLUSCIO, AUGUSTO César, “Manual de Derecho Familia”, Tomo I, 5ed. 1989, pág. 156

¹⁴ ZANNONI, Eduardo A., “Derecho de Familia”, Tomo I. 2ª Ed. 1989. Pág. 188.

Parte de la doctrina interpretó que siendo el SIDA una enfermedad de transmisión sexual, son de aplicación los arts. 13 de la ley 12.331, 1º de la ley 16.668 y 187 inc. 4º del Código Civil. Tal criterio encuentra su fundamento en el razonamiento que sostiene que el impedimento eugenésico actualmente vigente comprende no solamente a las enfermedades venéreas, sino también a las paravenéreas, entre las que se encuentra el SIDA desde que la misma se transmite no solamente por vía sexual.

Entienden quienes están enrolados en esta corriente que dada la ausencia de norma expresa que establezca la necesidad de efectuar estudios previos a la celebración del matrimonio para determinar la existencia o no del virus del SIDA, lo correcto es interpretar que la misma se encuentra comprendida dentro del elenco de enfermedades venéreas en los términos del art. 13 de la ley 12.331, y por ende, constituye un impedimento para la celebración del matrimonio.

Otra corriente doctrinaria, hoy mayoritaria, considera, contrariamente a la anterior, que el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA), no está comprendido en el impedimento del art. 13 de la ley 12.331.

En consecuencia, esta postura considera necesaria una reforma legislativa que prevea la derogación de las leyes 12.331 y 16.668 sustituyéndolas por normas que contemplen la problemática de las enfermedades de transmisión sexual incluyendo el síndrome de inmunodeficiencia adquirida y teniendo en cuenta los avances de la ciencia, la defensa de los derechos humanos, la salud pública y el valor actual que se le otorga a la educación y prevención de todo lo atinente a esta problemática.

Asimismo, propicia esta corriente, que hasta que se dicten las normas referidas, es necesario incorporar al art. 187. Inc. 4º del Código Civil lo siguiente: Los certificados prenupciales y los de la celebración de las entrevistas de información y orientación respecto al síndrome de inmunodeficiencia adquirida.

Además, sostienen sus defensores que antes los noventa días de la fecha prevista para la celebración del matrimonio, las parejas interesadas deberán concurrir a dos entrevistas de información y orientación con intervalo de treinta días entre ambas, las que deberán efectuarse, por lo menos una de ellas con la presencia de ambos, las que se realizarán en alguno de los centros médicos oficiales que serán creados y designados al efecto. Los mismos contarán con personal especializado para informar e ilustrar a los futuros contrayentes sobre todo lo relacionado con el síndrome de inmunodeficiencia adquirida insistiendo principalmente, en la relación de pareja y la transparencia de la

misma, la relación paterno-filial y la relación social de la enfermedad, haciendo hincapié especialmente en las normas de prevención y educación, en defensa de la salud de los interesados y de los terceros.

Afirman también quienes adhieren a esta corriente, que debe indicarse la conveniencia de la realización de exámenes en laboratorios públicos o privados a opción de los contrayentes, para efectuar el test de detección del HIV.

Consecuentemente con lo anterior, se propicia que el Oficial Público encargado de la celebración del matrimonio, no pueda autorizarlos sin haber verificado previamente la existencia del certificado de las entrevistas de orientación e información y que la falta de ese requisito, impida la consagración del matrimonio, pero dejando aclarado que su omisión no producirá su anulación, sin perjuicio de la sanción administrativa prevista y de obligar al pago de una multa en beneficio de una dependencia oficial de salud.

Otra postura doctrinaria sostiene que la existencia del virus HIV debe constituir impedimento impeditivo para contraer matrimonio, conforme a las investigaciones científicas, ya que debe tenerse en cuenta las consecuencias que esta enfermedad puede producir en relación a los cónyuges, a los descendientes y a la misma sociedad en general.

Por todo lo antedicho, corresponde que la futura legislación a sancionarse exija la presentación del certificado prenupcial que acredite la inexistencia de la enfermedad en las personas que van a contraer matrimonio, sostienen sus defensores.

Proponen también que se contemple razonablemente como excepción a la exigencia predicha, aquellos casos de contrayentes que prueben fehacientemente la imposibilidad de procrear.

Esta posición coincide con el despacho de la primera minoría en las jornadas celebradas en Junín los días 25, 26 y 27 de Octubre de 1990.-

En los Estados Unidos, la Corte Suprema de Justicia del Estado de Wisconsin, en el caso 64.152 LRA anotado en los anales de la jurisprudencia bajo el no 778SE, adjudicó al Sida la condición de figura integrante de la categoría de los impedimentos matrimoniales de carácter impeditivo y eugenésicos, argumentando que la sociedad humana cuenta con un derecho inviolable de auto-protección y a la vez de preservación de sus integrantes, emergiendo de ello la facultad estatal de prohibir los matrimonios de personas afectadas por enfermedades que representan algo peor que la obvia

transmisión entre la pareja y a sus descendientes. Luego con el tiempo esta jurisprudencia cambió.

Finalmente, un enfoque coincidente con el despacho de segunda minoría de las aludidas jornadas de Junín, considera que debe incluirse entre los impedimentos dirimentes previstos en el art. 166 del Código Civil y como causal de nulidad absoluta en el art. 219 del mismo Código, al encontrarse infectado cualquiera de los contrayentes al momento de la celebración del matrimonio, infectado con el virus HIV.

En apoyo de esta postura, se sostiene que el encontrarse infectado cualquiera de los contrayentes, debe jugar como impedimento dirimente ya que, aún cuando se impusiera obligatoriamente el análisis prenupcial interpretando con amplitud el art. 1º de la ley 23.798, ello resultaría insuficiente para impedir el matrimonio en caso de existencia de infección, de error en los análisis, falsedad en los certificados prenupciales o celebración del matrimonio sin cumplirse con el requisito exigido por el inc. 4 del art. 187 del Código Civil.

Si se diera algunos de esos supuestos, siendo uno de los contrayentes portador del SIDA, con conocimiento o sin él, es evidente que la ley habría sido burlada y las graves consecuencias que se derivarían podrían afectar al cónyuge sano y a la descendencia.

Podrá argüirse que el cónyuge no infectado tendría el derecho de demandar la nulidad del matrimonio fundado en el error acerca de las cualidades personales del otro contrayente, partiendo de la base de que quien sufrió el contagio no habría realizado el matrimonio si hubiere estado en conocimiento de la realidad y sus consecuencias.

Pero en el caso de que ambos contrayentes hubiesen sido portadores de la enfermedad, o en el que el cónyuge sano conocía la afección del otro al momento de la celebración del matrimonio, o cuando no cesó en la cohabitación después de los 30 días de conocido su error después de las nupcias (art. 220 del Código Civil), el recurso de nulidad no sería esgrimible.

En consecuencia, los enrolados en esta corriente proponen, de lege ferenda, incorporar como inc. 10 del art. 166 del Código Civil, el siguiente texto: “El encontrarse infectado con el virus causante de la enfermedad conocida con el síndrome de inmunodeficiencia adquirida a la época del matrimonio, cualquiera de los contrayentes, aún cuando dicha enfermedad no hubiere sido detectada en dicha oportunidad”.

Este impedimento no debe tener carácter definitivo sino que subsistirá solamente hasta que la ciencia haya encontrado solución a su carácter mortal, es decir que esté bajo control médico.

También corresponde incluir entre los impedimentos que el art. 219 del Código Civil, preve como causal de nulidad, el contemplado en el inc. 10 que se propone y mientras éste se encuentre vigente.

3- EL SIDA COMO CAUSAL DE NULIDAD DEL MATRIMONIO POR VICIOS DEL CONSENTIMIENTO

El art. 175 del Código Civil dispone que: “Vician el consentimiento, la violencia, el dolo y el error acerca de la persona del otro contrayente. También lo vicia el error acerca de las cualidades personales del otro contrayente si se prueba que, quien lo sufrió, no habría consentido el matrimonio si hubiese conocido el estado de cosas y apreciado razonablemente la unión que contraía. El Juez valorará la esencialidad del error considerando las condiciones personales y circunstancias de quien lo alega”.

Conforme el dispositivo transcrito, el que celebra matrimonio desconociendo que el otro contrayente padece de SIDA, no puede quedar privado del derecho de petitionar su nulidad, si esa es su voluntad.

“La acción de nulidad se otorga, en estos casos, solo en cabeza del contrayente cuyo consentimiento estuvo viciado, a condición de que interrumpa la cohabitación al advertir el error, conocer la actitud dolosa del otro contrayente, o de terceros que determinaron la celebración, o al cesar la violencia que le obligó a consentir el matrimonio”.

A su vez el art. 220 del Código Civil enumera los casos de nulidad relativa del matrimonio que en el inc. 4º reza : Cuando el matrimonio fuere celebrado adoleciendo el consentimiento de alguno de los vicios que se refiere el art. 175. La nulidad sólo podrá ser demandada por el cónyuge que haya sufrido el vicio de error, dolo o violencia, si hubiese cesado la cohabitación dentro de los treinta días de haber conocido el error o de haber sido suprimida la violencia.

El término de treinta días en el cual debe cesar la cohabitación por parte de quien entable la acción de nulidad, criticado por su brevedad, es decir el cónyuge que sufrió el error o el dolo, con lo cual quien pretendiere continuar la vida marital deberá probar

fehacientemente que no es portador del HIV; pero no sería posible un período más largo en que el cónyuge promoviera la acción, porque en ese caso se habría operado la caducidad y en consecuencia, el matrimonio es susceptible de confirmación.

En el caso de error sea porque los cónyuges toman conocimiento ya sea en forma simultánea o sucesiva que uno de ellos contrajo el virus antes de celebrar el matrimonio, los treinta días se contarán a partir de haberse notificado en forma directa al cónyuge sano del flagelo contraído por el enfermo; en caso de dolo el cónyuge sano se anoticia con el devenir del tiempo y en forma gradual, según las circunstancias del caso.

Haciendo abstracción de la crítica al plazo referido, corresponde manifestar que el cónyuge que no padece la enfermedad tiene derecho a interponer la acción de nulidad en los términos del art. 220 inc. 4º del Código Civil,

Consecuentemente con las consideraciones precedentes, debe tenerse por incluido dentro de las previsiones del art. 175 del Código Civil, como un caso de error sobre las cualidades personales, o de dolo, el desconocimiento o el ocultamiento de la existencia del SIDA en uno de los cónyuges, de donde resulta la facultad de solicitar la nulidad del matrimonio.

Según Nelly Minyersky las características de la enfermedad nos llevan a la convicción de que en esta materia deberá ponerse el acento en el error en las cualidades físicas (salud de la persona) en que se ha incurrido, y en la seguridad de que el cónyuge sano no hubiera contraído matrimonio de conocer las reales condiciones de salud de su pareja. El error, doloso o no, es esencial. Si bien el dolo ha sido considerado un medio de suscitar el error, en este caso su existencia solamente tendrá incidencia en el campo de la responsabilidad sin proyectarse en el de la nulidad. Hayan o no existido maniobras y/o mala fe, el simple cumplimiento torna viable la nulidad.¹⁵

Sigue diciendo la eximia civilista que los jueces podrán valorar la posibilidad de exigir que el error sea excusable, pero su aplicación deberá ser de carácter restrictivo; los principios rectores en esta materia son: confidencialidad, derecho a la intimidad, anonimato, secreto profesional, principios que prevalecen y configuran el entorno que rodea situaciones como las analizadas.

De todo lo expresado se desprende que pueden configurarse distintos supuestos que pasaremos a analizar:

¹⁵ MINYERSKY, Nelly "El derecho de familia frente al sida", pág. 15, Lexis Nexis No 0029/000453, RDF 1992-8-89.

1.- Si el portador asintomático no tenía conocimiento que padecía del virus al contraer matrimonio, se declarará la nulidad del matrimonio, dejando a salvo la buena fe de ambos cónyuges.

2.- Si el cónyuge enfermo, es bisexual, drogadicto, o tuvo relaciones promiscuas, y no realizó los exámenes médicos correspondientes a los efectos de cerciorarse que era portador del virus antes de contraer matrimonio, no cabe ninguna duda que una acción de nulidad del matrimonio prosperaría, y el cónyuge enfermo deberá responder al sano por los daños y perjuicios ocasionados.

3.- Si el cónyuge enfermo conocía su estado y no lo comunicó, puede que en este caso haya habido dolo; y si hubo error provocado por dolo, o se acreditó que había dolo y error, la doctrina mayoritaria sostiene la nulidad del matrimonio por vicio del consentimiento provocado por error.

Aquí también, como en el supuesto anterior, el cónyuge de buena fe puede demandar por indemnización de daños y perjuicios al de mala fe y a los terceros que hubiesen provocado el error, incurrido en dolo, o ejercido la violencia, según lo preceptuado por el art. 225 del Código Civil.

CAPITULO III

1- EL SIDA COMO CAUSAL SUBJETIVA DE SEPARACION PERSONAL O DE DIVORCIO VINCULAR

Es sabido que el SIDA, como enfermedad, genera consecuencias jurídicas en el matrimonio; por ello, previamente deberá esclarecerse de que modo el cónyuge afectado contrajo la enfermedad ya que puede mediar culpa del infectado o deberse a caso fortuito.

Si hubo culpa por parte del cónyuge, estaremos frente a un caso de adulterio o de injuria grave por omisión, ya que si el contagio se originó en una relación sexual con otra persona del sexo opuesto, quedará tipificada la primera causal; en cambio, si el infectado obró con culpa pero el contagio no deriva de una relación sexual, la causa tipificante será la de injuria grave por omisión.

Tanto en uno como en el otro caso, serán de aplicación las causales subjetivas de separación personal o de divorcio vincular previstas en el art. 202 del Código Civil, para lo cual, en la primera hipótesis será de aplicación el inc. 1º referido al adulterio y en las segundas el inc. 4º que corresponde a las injurias graves.

El SIDA puede también ser materia de estudio como causal objetiva de separación personal en cuyo caso es de aplicación el art. 203 del Código Civil que textualmente prescribe: “Uno de los cónyuges puede pedir la separación personal en razón de alteraciones mentales graves de carácter permanente, alcoholismo o adicción a la droga del otro cónyuge, si tales afecciones provocan trastornos de conducta que impiden la vida en común o la del cónyuge enfermo con los hijos”.

Esta enfermedad produce o puede llegar a producir trastornos de conducta en el mismo seno familiar, aunque en tal caso no se podría hablar de culpa por parte del infectado por haber contraído la enfermedad.

Toda vez que se pretenda regular jurídicamente el SIDA en el Derecho de Familia, debe cuidarse no colisionar con los principios consagrados en la ley nacional 23.798 y su decreto reglamentario 1244/91, los que refieren a los derechos a la intimidad, a la no discriminación, a la confidencialidad, a la salud, etc, y respetar los derechos de solidaridad y asistencia regulados en los arts. 198, 199 y 200 del Código Civil.

Es oportuno que en algunas legislaciones no se han dictado normas específicas referidas al SIDA, como causal de divorcio. En Francia, por ejemplo, la jurisprudencia

no es uniforme y contempla la invocación de hechos constitutivos de causales tales como poner en peligro la salud y la seguridad de la familia, la interrupción de las relaciones sexuales, el riesgo de contagio, los hechos antecedentes que vehiculizaron la enfermedad, el adulterio y la drogadicción.

2 - EL SIDA Y LA TENENCIA DE LOS HIJOS

El Código Civil en su art. 206, segunda parte, prescribe que los hijos menores de 5 años quedarán a cargo de la madre, salvo causas graves que afecten el interés del menor. Los mayores de esa edad, a falta de acuerdo de los cónyuges, quedarán a cargo de aquel a quien el juez considere más idóneo. Los progenitores continuarán sujetos a todas las cargas y obligaciones respecto de sus hijos.

Es decir que lo que le importa a la ley es primordialmente el interés del menor, por lo que la disposición no es inflexible y el juez puede apartarse de ella cuando razones valederas de conveniencias del menor, así lo aconsejen.

Un sector de la doctrina entiende que nuestro ordenamiento jurídico no habilita para el revocamiento de una tenencia otorgada judicialmente, si el cónyuge portador del HIV puede cumplir y ejercer los derechos-deberes de la patria potestad conforme al art. 264 del Código Civil.

Otros autores, en cambio, afirman, que en lo atinente a incidentes relativos a tenencia legal de los hijos menores, debe tenerse muy en cuenta para que un juez la conceda al cónyuge enfermo de SIDA, si el mismo necesita ser sometido a tratamiento y si su intensidad, sobre todo en la fase terminal, puede restarle tiempo y dedicación al menor que es el centro del interés superior, tal como lo dispone la Convención sobre los Derechos del Niño que en su art. 3º dispone: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá, será el interés superior del niño.

Los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

Los Estados partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las

normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada”.

El art. 12 de la Convención dispone que: “Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio del derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

Como lo afirma la Dra. Nelly Minyerskey, los conflictos que podrían plantearse estarían dados por la negativa del progenitor sano a que el enfermo tenga contacto con el menor, lo que implicaría –según los casos- el cambio de tenencia legal y/o régimen de visitas.

Considera la autora que, excepto en la etapa terminal de la enfermedad, no se justificaría un cambio de modalidad de otorgamiento de tenencia legal o fijación de régimen de visitas.

Salvo en los casos, sigue diciendo, en que el afectado cae en un estado depresivo que provoca dejadez en su persona y descuido del menor, o que sufre alteraciones mentales que producen trastornos en su conducta, no vemos necesario un cambio en el ejercicio de la tenencia legal o en la fijación del régimen de visitas. De darse esos presupuestos la modificación estaría motivada no por el padecimiento de la enfermedad sino por la alteración de conducta observada en el progenitor, o sea en los factores de riesgo.

Las normas existentes, continúa, permiten aplicar los principios rectores que sobre la materia han desarrollado la doctrina y jurisprudencia argentinas. Una normativa específica traería aparejado el riesgo de sentar antecedentes discriminatorios, política esta que resulta contraproducente con el abordaje del tema. La sanción de leyes específicas sobre la materia llevaría a hacer necesaria la inclusión de otras enfermedades y a contemplar la diversidad de casos que podrían presentarse, con lo que caeríamos en una casuística impropia de la ley.¹⁶

¹⁶ MINYERSKY, Nelly, ob. cit. pág. Pág. 24.

La jurisprudencia de los distintos Estados de Norteamérica sobre el tema, nos permite comentar algunos casos:

En Illinois, la Corte ordenó a un padre someterse al test de SIDA antes de permitirle el derecho de visitas nocturnas a su hijo. Esa orden judicial fue finalmente revocada. Otro tribunal del mismo Estado sentenció que el ex marido de una enfermera que cuidaba enfermos de SIDA, actuaba en forma razonable al negarle el derecho de visitas a sus hijas solicitándole que antes se hiciera un test de SIDA.¹⁷

Al mismo tiempo, en Indiana, se impidió que un padre viera a su hijo de dos años por haber resultado positivo su análisis de detección del virus y porque ello significaba un peligro para la salud del niño. El dictamen fue criticado por un oficial del Departamento de Salud de Indiana, y el Juez actuante amenazó al oficial con una citación por desacato.

En Florida la ley estatal prohíbe a los tribunales negar el ejercicio compartido de la autoridad parental, la custodia o el derecho de visitas, tanto en relación a los padres como a los abuelos, si resultan ser o se cree que son HIV positivos.¹⁸

En un caso en que la primera esposa había negado las visitas de los hijos a su ex marido infectado, una Corte de Tennessee ordenó que las visitas se realizaran. La madre ignoró la orden y se fugó con sus hijos. La Corte dictó contra ella sentencia de prisión en suspenso y multa por ocultamiento.¹⁹

Un Tribunal de Nueva York, sobre la base de estudios realizados que no han encontrado riesgos de transmisión del SIDA por contacto personal o por compartir las funciones domésticas y familiares, sostuvo que el mero hecho de que una madre divorciada sea HIV positiva no es suficiente razón para conceder la custodia de su pequeño hijo al padre.²⁰

¹⁷ “BUCK vs. GRIEN”, LL Cir. Ct. See “AIDS Update”, Lambda Lega Defense and Education Fund, Inc., no 10, Septiembre 1986, pags. 7-8

¹⁸ “Florida Statutes”, Section 61.13,1989.

¹⁹ “AIDS Lit. Pptr”., 26 de octubre de 1990, p. 5254.

²⁰ “MATTER OF STEVEN L.”, NYFam. Ct., Kings City, 3 de octubre de 1990 En “ABA Journal”, enero 1991, p. 80.

3- EL SIDA COMO CAUSAL DE PRIVACION DEL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD

El Código Civil en su art. 307 inc. 3º dispone que: el padre o madre quedan privados de la patria potestad por poner en peligro la seguridad, la salud física o psíquica o la moralidad del hijo, mediante malos tratamientos, ejemplos perniciosos, conducta notoria o delincuencia.

En el supuesto de que ambos padres fueran portadores de la enfermedad del SIDA y que el estado de salud de los mismos pusiera en riesgo la salud los derechos e intereses del menor o los menores, ambos podrían ser privados del ejercicio de la patria potestad; en tal caso entrará a funcionar la institución de la tutela y corresponderá que se designe tutor legal conforme a lo prescripto en los arts. 389 y siguientes del Código Civil; caso contrario, de no ser posible la aplicación de tales normas, podrá el o los menores ser entregados en adopción plena conforme lo estipula el art. 325 del Código Civil.

En algunos casos, ello puede implicar un quiebre en la estabilidad psíquica de los menores al incorporarse a otro ambiente familiar distinto, con otra educación y costumbres ajenas a la de los progenitores; sin embargo debe destacarse que no siempre que los padres sean portadores asintomáticos del SIDA, ello sea impedimento para el ejercicio de la tenencia ejercida en legal forma.

4 - EL SIDA Y LA ADOPCION PLENA

Sabemos que la adopción es un instituto legal que se desenvuelve sobre la base de la verdad, el amor, la generosidad y teniendo en cuenta principalmente el interés del menor que ha sido abandonado.

¿Qué ocurre si se pretende entregar en adopción plena un menor los futuros padres adoptivos, o uno de ellos, son portadores la enfermedad?

Al respecto debe tenerse en cuenta lo que establece el decreto reglamentario No 1244/91 de la ley 23.798 que en su art. 2º inc. c) textualmente reza: “Los profesionales médicos, así como toda persona que por su ocupación tome conocimiento de que una persona se encuentra infectada por el virus HIV, o se halle enferma de SIDA, tienen prohibido revelar dicha información y no pueden ser obligados a suministrarla, salvo las siguientes circunstancias: “A los jueces en virtud de auto judicial dictado por el Juez en causas criminales o en las que se ventilen asuntos de familia en virtud del art. 3º de la

Convención sobre los derechos del Niño que se refiere al interés superior del menor, entendemos que en un juicio de adopción, si los futuros padres adoptivos o uno de ellos son portadores del HIV, la misma debe ser denegada, sin que ello implique discriminación alguna.

En cambio, durante la tramitación de la guarda preadoptiva los funcionarios intervinientes que conociendo la existencia de la enfermedad de uno o de ambos futuros adoptantes, no lo hicieren saber al Juez que es competente en el tema de la guarda, serán civilmente responsables por las consecuencias que tal omisión pudiera generar, sin perjuicio de las posibles de carácter penal.

BIBLIOGRAFIA

- BELLUSCIO, Augusto C. “Manual de Derecho de Familia”, Tomo I, año 1989, Ed. Depalma.
- BREBBIA, Roberto H. “Responsabilidad Precontractual”, año 1987, Ed. La Rocca
- CORBO, Carlos María “Conflicto de intereses entre los derechos a la identidad y a la intimidad”, J.A. 2001-IV.
- MINYERSKY, Nelly “El derecho de familia frente al SIDA”, Lexis Nexis, RDF 1992-8-89
- ZANNONI, Eduardo A, “Derecho de Familia”, Tomo I, año 1989, Ed. Astrea.
- ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde M. “Derecho a la Intimidad”, Rev. La Ley 1983-C.
- ZUCHERINO, Ricardo Miguel “El SIDA frente al derecho y la humanidad”, año 1992, Ed. Depalma