

UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO 21

CARRERA DE ABOGACÍA

Matrimonio Homosexual en
la República Argentina

AUTOR: Christian G. Huecke

TUTORAS: Dra. Adriana Warde – Dra. Verónica Taboas

AÑO: 2011

RESUMEN

El presente trabajo tiene como objetivo analizar la problemática del matrimonio homosexual en la República Argentina, ya que a partir de la sanción de la Ley N° 26.618, fueron incluidas en el instituto matrimonial a través de una reforma parcial en las instituciones que integran el derecho de familia, las uniones de parejas del mismo sexo, generando incoherencias, incongruencias y desigualdades en nuestro sistema jurídico. Para ello, se analizan aspectos que tienen una incumbencia directa sobre el problema, como por ejemplo, los requisitos para que sea considerado válido un matrimonio, cómo se encuentra determinado el derecho a contraer matrimonio en los Tratados Internacionales, las consecuencias jurídicas o implicancias de permitir la filiación adoptiva a este tipo de uniones, un resumen de los países que otorgan reconocimiento a la unión civil y al matrimonio homosexuales, la situación de las uniones homosexuales en la Argentina antes de la sanción de la ley de Matrimonio igualitario y finalmente, el análisis de la Ley N° 26.618.

Una vez desarrollados todos estos aspectos, se llegó a la conclusión de que no resultaba equiparable la unión de parejas homosexuales con el matrimonio instaurado en el derecho positivo argentino antes de la Ley N° 26.618, ya que hubiese correspondido crear un instituto o una regulación distinta para este tipo de uniones, o en su caso, haber equiparado las uniones homosexuales con el matrimonio heterosexual, contemplándolo desde un punto de vista integral y abarcando todas las aristas de la problemática.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the issue of gay marriage in Argentina, as from the enactment of Law N° 26.618, were included in the institution of marriage through a partial reform in the institutions of family law the unions of same-sex couples, creating inconsistencies, inconsistencies and inequities in our legal system. To do this, discusses issues that have a direct concern about the problem, such as requirements to be considered a valid marriage, how is determined the right to marry in international treaties, the legal consequences or implications of allowing adoption as sons to such unions, a summary of countries which grant recognition to civil unions and gay marriage, the status of homosexual unions in Argentina prior to the enactment of the law of equal marriage and finally, the analysis of Law N° 26.618.

Once developed all these aspects, we concluded that it was not comparable union of homosexual couples with marriage established in Argentine law before the Law N° 26.618, as it would have corresponded to establish an institute or a different regulation for such unions, or where appropriate, be equated homosexual unions with heterosexual marriage, watching from a holistic viewpoint and covering all sides of the issue.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción	5
I. El matrimonio en la Argentina antes de la Ley N° 26.618	9
I.1. Concepto.....	11
I.2. Caracteres.....	15
I.3. Fines	16
I.4. Requisitos para contraer matrimonio- Art. 172 del Código Civil.	20
I.5. Reconocimiento del matrimonio en los Tratados Internacionales	24
II. Homosexualidad	
II.1. Definición	29
II.2. Distintas Teorías sobre sus causas	32
II.3. Organizaciones homosexuales en nuestro país	34
II.4. Derechos de las uniones homosexuales	38
II.5. Adopción	45
II.5.1. Interés superior del Niño.....	49
III. Unión homosexual a nivel mundial	
III.1. Países que otorgan reconocimiento jurídico al matrimonio homosexual	55
III.2. Países que otorgan reconocimiento jurídico a la unión civil homosexual.....	61

IV. Situación en la República Argentina antes de la Ley N° 26.618

IV.1. Antecedentes en nuestro país	67
IV.1.1. Ciudad Autónoma de Buenos Aires	67
IV.1.2. Provincia de Río Negro.....	69
IV.1.3. Ciudad de Villa Carlos Paz	70
IV.1.4. Ciudad de Río Cuarto	71
IV.2. Otros proyectos de ley a nivel nacional.....	73
IV.3. Jurisprudencia Argentina	75
IV.4. Derecho comparado	77
V. Análisis de la Ley N° 26.618 de Matrimonio civil	85
V.1. Posiciones en la Cámara de Senadores en cuanto a su debate	85
V.2. Principales posiciones sociales.....	93
V.3. Reformas en el Código Civil Argentino	95
V.4. Consideraciones a las reformas introducidas.....	99
VI. Conclusión.....	103
VII. Apéndice 1: "R., M. de la C. y otro c. Registro Nacional de Estado y Capacidad de las Personas, 22/06/2007; JNciv, N°88; publicado en: La ley 14/11/2007,8"	109
VIII. Apéndice 2: "R., M. de la C. y otro c. Registro Nacional de Estado y Capacidad de las Personas, 26/09/2007; CNCiv, sala F; publicado en: La ley 14/11/2007,9"	117
IX. Apéndice 3: Ley N° 26.618	125

X. Recortes Periódicos 135

XI. Bibliografía Utilizada..... 143

INTRODUCCIÓN

El debate sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo es uno de los más agitados y dinámicos a nivel mundial. El matrimonio homosexual en la República Argentina no se encontraba contemplado en la legislación de fondo, de acuerdo a lo establecido en el antiguo art. 172 del Código Civil que consignaba: *“Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por **hombre y mujer** ante autoridad competente para celebrarlo”*. Sin embargo, luego de la sanción de Ley N° 26.618, que introdujo modificaciones en nuestro Código Civil y en la Leyes N° 26.413 y 18.248, se permite el matrimonio entre personas del mismo sexo al equipararlo totalmente al matrimonio tradicional heterosexual, otorgándoles de esta manera, los mismos derechos y obligaciones incluida la adopción.

Los opositores a la reforma del Código Civil opinan que *“la unión de un hombre y de una mujer es la única definición de matrimonio en tanto que es la base para la procreación, el cuidado de la prole, la educación de los hijos con los roles paternos y maternos diferenciados y la enseñanza de valores tradicionales”*^{1 2}. Los sectores que apoyan el matrimonio entre personas del mismo sexo sostienen que *“no existen razones suficientes que justifiquen privarlos de la protección que brindan el sistema jurídico o el aparato estatal, sin incurrir en una forma de discriminación. Indicaban que la reforma sobre el matrimonio para incluir los derechos de los homosexuales era una cuestión de igualdad ante la ley. Asimismo declaraban que negarles el derecho a contraer matrimonio vulneraba principios*

¹ <http://uol.elargentino.com/nota-88427-Seria-antinatural.html> (Consultado el 10 de Noviembre de 2010).

² http://www.lahoradejujuy.com.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=21011:multitudinario-reclamo-en-defensa-del-matrimonio-y-la-familia&catid=90:politica&Itemid=279 (Consultado el 10 de Noviembre de 2010).

*legalmente reconocidos en nuestra Constitución Nacional y en Tratados Internacionalmente ratificados*³.

La opinión de la doctrina predominante en relación al matrimonio homosexual sentaba sus bases en que, además de no existir un derecho objetivo que contemple este tipo de uniones, *“las normas que establecían que el matrimonio debía celebrarse entre personas de distinto sexo tenían una justificación absolutamente objetiva y razonable, que consistía en el interés del Estado en privilegiar las uniones que tienden a continuar la especie, sirven para la procreación y dan base a la familia, por lo tanto, el distinto tratamiento es proporcionado con respecto a su finalidad*^{4 5}.

En nuestro país, antes de la Ley N° 26.618, existían antecedentes de regulación de parejas o uniones homosexuales en tres ciudades y en la provincia de Río Negro. Del análisis del Derecho Comparado surge que la mayoría de las leyes extranjeras siguen considerando que el instituto del matrimonio se encuentra reservado para personas de distinto sexo; se destaca, sin embargo, que existen varios países que han legislado respecto al matrimonio homosexual equiparándolo al matrimonio y otros que tan sólo lo reconocen y les conceden algunos efectos.

En Latinoamérica las uniones de parejas del mismo sexo, sin ser equiparadas al matrimonio, tienen validez legal a nivel nacional sólo en Colombia y en Uruguay.

En el mundo religioso no existe consenso sobre los matrimonios entre personas del mismo sexo, aunque la mayoría de las órdenes religiosas se oponen a éste.

³ Federación Argentina de Lesbianas Gay Bisexuales y Trans -FALGBT- y Comunidad Homosexual Argentina -CHA- (http://www.lgbt.org.ar/archivos/reforma_codigo_civil.pdf) (Consultado el 15 de Noviembre de 2010) (<http://cha.org.ar/articulo.php?art=381&cat=54>) (Consultado el 15 de Noviembre de 2010)

⁴ Medina Graciela “Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio”, Editorial Rubinzal – Culzoni; primera edición; Santa Fe, Argentina, Año 2001, Pág. 218.

⁵ Opinión de los integrantes de la Sala “F” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Dres. Fernando Posse Saguier, José Luis Galmarini y Eduardo A. Zannoni en autos “R., M. de la C. y otra c. Registro Nacional de Estado y Capacidad de las Personas”.

Coinciden en sus respectivos Tratados de Derecho Civil, Familia con lo sostenido por la Sala F CNC: BORDA, Guillermo A. con la actualización de BORDA, Guillermo Julio; BELLUSCIO, Augusto C.; MAZZINGHI, Jorge A.; MÉNDEZ COSTA, María Josefa; D’ANTONIO, Daniel; PERRINO, Jorge Oscar y BASSET, Ursula Cristina. (citado por la Dra. Catalina Elsa Arias de Ronchietto en “El Matrimonio, un Bien Jurídico Indisponible” Publicación de la Facultad de Derecho Pontificia, Universidad Católica Argentina, Pág. 16, cita N°24, Abril de 2010).

Uno de los fallos más trascendentes sobre esta temática se dictó en los autos caratulados “R., M. de la C. y otro c/ Registro Nacional de estado y capacidad de las Personas s/ MEDIDAD PRECAUTORIAS”, en donde el Juzgado Nacional Civil N° 88 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires rechazó el pedido formulado por la actora respecto del planteamiento sobre el art. 172 C.C. y su contradicción con normas constitucionales (art. 16 CN).

La equiparación de la unión de personas del mismo sexo al matrimonio heterosexual en la República Argentina produciría grandes cambios culturales y sociales.

El problema de investigación surge a partir de la sanción de la Ley N° 26.618, ya que fueron incluidas en el instituto matrimonial, a través de una reforma parcial en las instituciones que integran el derecho de familia, las uniones de parejas del mismo sexo, generando incoherencias, incongruencias y desigualdades en nuestro sistema jurídico. En este sentido hubiese correspondido haber equiparado las uniones homosexuales con el matrimonio heterosexual contemplándolo desde un punto de vista integral y abarcando todas las aristas de la problemática. Por ello, el objetivo general de este trabajo consistirá entonces en analizar la problemática del matrimonio homosexual en nuestro sistema jurídico. Para ello, será preciso analizar ciertos aspectos que tienen una incumbencia directa sobre el problema, como por ejemplo ¿Correspondía equiparar la unión homosexual al matrimonio en la República Argentina? ¿Cuáles son los requisitos para que sea considerado válido un matrimonio? ¿Cómo se encuentra determinado el derecho a contraer matrimonio en los Tratados Internacionales? ¿Cuáles son las consecuencias jurídicas o implicancias de permitir la filiación adoptiva a este tipo de uniones?

Este Trabajo se dividirá en cinco capítulos. En el primero de ellos se analizará el concepto, caracteres, fines y requisitos del matrimonio en la República Argentina así como su reconocimiento en los Tratados Internacionales. En el segundo se explicará las distintas

posturas sobre lo que se entiende por homosexualidad y se realizará una breve referencia sobre la comunidad homosexual en la Argentina. Además se efectuará un análisis de las reformas introducidas al instituto de la adopción como así también una referencia sobre el principio -interés superior del niño-. En el capítulo tres se analizarán los tipos de reconocimientos jurídicos del matrimonio homosexual en el derecho comparado. En el capítulo cuatro nos abocaremos al análisis de los antecedentes en nuestro país, especialmente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en la Provincia de Río Negro, en la Ciudades de Villa Carlos Paz y de Río Cuarto; también se hará una breve reseña sobre los distintos Proyectos de ley a nivel nacional que fueron presentados antes de sancionarse la Ley N° 26.618, la Jurisprudencia Argentina sobre esta temática y el Derecho comparado. En el capítulo cinco se realizará un breve análisis de la Ley N° 26.618, exponiendo las principales posiciones adoptadas en la Cámara de Senadores en cuanto a su debate, y las posiciones sociales antes de su promulgación. Se realizará una explicación sobre las principales reformas que se llevaron a cabo en nuestro derecho positivo, y unas consideraciones a dichas reformas. Finalmente, se elaborarán las conclusiones de este trabajo.

La elección de este tema se debe principalmente a las controversias que se suscitan en torno a esta figura en nuestro país, en virtud de los reclamos por una igualdad de derechos que en estos momentos se multiplican en nuestra sociedad, la relevancia social que posee dado que es un tema que cobró mucha notoriedad y el impacto que significa este nuevo instituto para nuestra sociedad. Es un tema que resulta conveniente estudiar en profundidad dado que de este modo se ayudaría a aclarar el alcance o efectos jurídicos del matrimonio homosexual o igualitario respecto del matrimonio heterosexual en nuestro país y además porque posee un gran valor teórico, ya que de acuerdo a los resultados obtenidos serviría para apoyar un cambio jurídico normativo en la República Argentina.

Capítulo I

El matrimonio en la Argentina antes de la Ley N° 26.618

Comenzaremos por abordar el instituto del matrimonio antes de las reformas introducidas por la Ley N° 26.618 al Código Civil de la República Argentina.

En nuestro derecho positivo, el matrimonio de dos personas de distinto sexo, es materia del Derecho de Familia regulado en el Código Civil, con las principales modificaciones establecidas según las Leyes N° 17.711 y 23.515.

El concepto de familia, según la Declaración Universal de los Derechos Humanos “...es *el elemento natural y fundamental de la sociedad...*”⁶. Los lazos principales que definen una familia son los vínculos de consanguinidad, como la filiación entre padres e hijos, los lazos que se establecen entre los hermanos que descienden de un mismo padre y también según el grado de parentesco entre sus miembros y los vínculos de afinidad derivados del establecimiento de un vínculo reconocido socialmente como el matrimonio. Al hablar de él, hacemos referencia a un vínculo conyugal social y jurídicamente reconocido que tiene por finalidad constituir una familia y a su vez, es considerada una de las instituciones más antiguas de la humanidad, que desde los inicios de los tiempos siempre fue concebido como la unión de una pareja heterosexual, es decir, por un hombre y una mujer. Dicha concepción se ha transmitido a lo largo de la historia como un modelo a adoptar, ya que fue reconocido por la mayoría de las grandes culturas del mundo.

El matrimonio puede ser civil o religioso y establece entre sus miembros requisitos, derechos y deberes que varían, dependiendo de la religión o del ordenamiento jurídico de

⁶ Artículo 16.3 Declaración Universal de Derechos Humanos – Asamblea General de las Naciones Unidas.

cada sociedad. Asimismo la unión matrimonial permite legitimar la filiación de los hijos procreados según las reglas del sistema de parentesco vigente.

No todas las sociedades establecen la distinción entre matrimonio civil y matrimonio religioso, válida sólo en Occidente y hasta hace menos de dos siglos sólo existía matrimonio religioso, al que se considera un sacramento.

Hasta hace pocos años, uno de los requisitos establecidos para contraer matrimonio, era que ambos contrayentes debían ser del sexo opuesto; este elemento esencial ha sido objeto de reformas en ciertos ordenamientos jurídicos a nivel mundial, debido a la irrupción del matrimonio entre personas del mismo sexo.

En la República Argentina a través de la promulgación de la Ley N° 26.618, se modificó el Código Civil y se produjo un gran cambio a nivel normativo en el Derecho de Familia, al reconocerles a las parejas homosexuales el derecho a contraer matrimonio civil, con los mismos efectos que el matrimonio contraído por parejas de distinto sexo incluida la adopción.

Los opositores a la reforma del Código Civil determinaban que la única definición posible de matrimonio, era la establecida como la unión intersexual, es decir entre personas de distinto sexo, argumentando que es un instituto que ha existido desde tiempos inmemorables y corresponde a su esencia que sea celebrado por un hombre y una mujer, en tanto que es la base para la procreación, para el cuidado de la prole y la enseñanza de los preceptos morales que solo pueden otorgar un padre y una madre.

Por otra parte, los que estaban a favor de la modificación y consiguiente inclusión del matrimonio homosexual en nuestro derecho positivo, consideraban que el que no se permita el matrimonio de personas del mismo sexo, vulneraba el principio constitucional de igualdad ante la ley, y que también eran violados Convenciones o Tratados Internacionales, que de acuerdo a lo establecido en el art. 75 inc. 22, poseen jerarquía constitucional.

I.1. Concepto:

El matrimonio como la institucionalización de la unión de un hombre y una mujer, se logra en virtud de un acto jurídico⁷, es decir, un acto voluntario, lícito, que tiene por fin inmediato establecer las relaciones jurídicas conyugales.

El Diccionario de la Real Academia Española de Lenguas define al matrimonio como:
“1) *Unión de hombre y mujer concertada mediante determinados ritos o formalidades legales.*
2) *En el catolicismo, sacramento por el cual el hombre y la mujer se ligan perpetuamente con arreglo a las prescripciones de la Iglesia*”⁸.

*“Etimológicamente la palabra matrimonio deriva de las raíces latinas **matris** y **monium**, y significa originalmente carga o misión de la madre; como decían las decretadas del Papa Gregorio IX: Para la madre, el niño es antes del parto oneroso; doloroso en el parto, y después del parto, gravoso, por cuya razón el legítimo enlace del hombre y de la mujer se ha denominado matrimonio más bien que patrimonio*”⁹.

No existe en nuestra doctrina, conceptos totalmente análogos para definir al matrimonio, ya que en muchos casos varían teniendo en cuenta la ideología de su autor o el contexto temporal y social que tuvieron al momento de brindarla. Sin embargo, la mayoría de los conceptos tienden a incluir los fines del matrimonio en sus definiciones. Sólo se expondrán algunos conceptos para luego hacer un breve análisis de los caracteres que de ellas se desprenden.

Según la definición de Portalis, *“el matrimonio es una sociedad del hombre y la mujer que se unen para perpetuar su especie, para ayudarse, para socorrerse mutuamente para llevar el peso de la vida y compartir su común destino*”¹⁰.

⁷ Artículo N° 944 del Código Civil Argentino.

⁸ http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=cultura (Consultado el 20 de Noviembre de 2010)

⁹ Bossert, Gustavo - Zannoni Eduardo. “Manual de derecho de familia”, Editorial Astrea, quinta edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, 2000, Pág. 73.

¹⁰ citado por Augusto C. Belluscio. “Derecho de familia”, Depalma, Buenos Aires, 1997, t. I. Pág. 283.

Para Gustavo A. Bossert, *“el matrimonio constituye la institucionalización de las dos relaciones biológicas básicas que dan origen a la familia: la unión intersexual, es decir, la unión de un hombre y una mujer, y la procreación, a través de la cual se constituye la relación entre padres e hijos. Ambas a su vez, son el origen de las relaciones que determina el parentesco”*¹¹.

*“La Iglesia Católica define al matrimonio como una alianza por la que un hombre y una mujer constituyen una íntima comunidad de vida y de amor”*¹². Por su naturaleza está ordenada al bien de los conyugues y a la generación y educación de los hijos. Entre bautizados, el matrimonio es, además, un sacramento. El origen del matrimonio entre una pareja no es solo cultural, sino que procede de la misma naturaleza humana en cuanto que, según el Libro del Génesis 1-27 de la Biblia, al principio *“Dios los creo hombre y mujer”*. El matrimonio sería, por lo tanto, una institución y no un producto cultural cuyas principales características -unidad, indisolubilidad y apertura a la vida- vendrían definidas por la propia naturaleza del concepto católico de amor entre hombre y mujer, que exige a los esposos o cónyuges amarse el uno al otro para siempre y que alcanza su mayor expresión en la procreación. Es por ello que la iglesia católica se ha opuesto tradicionalmente al matrimonio polígamo, al matrimonio poliándrico y al matrimonio homosexual. El Código de Derecho Canónico estipula en su Título VII *“Del Matrimonio”*, la definición de matrimonio católico en su Canon 1055, el cual dice: *“La alianza matrimonial, por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los conyugues y a la generación y educación de la prole, fue elevada por Cristo nuestro Señor a la dignidad de sacramento entre bautizados”*.

¹¹ Bossert, Gustavo - Zannoni Eduardo. *“Manual de derecho de familia”*, Editorial Astrea, quinta edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, 2000, Pág. 73.

¹² <http://es.wikipedia.org/wiki/matrimonio> (Consultado el 20 de Diciembre de 2010)

“El matrimonio es y ha sido la institución que protege la unión heterosexual de la que nacerán nuevos miembros -los hijos- para que la sociedad no se extinga y siga así el curso de la vida. La finalidad legislativa es, entonces imperativa y no depende de la sola voluntad de las partes; están aquí en juego necesidades primordiales del grupo social”¹³.

Como dice el Dr. Zannoni *“el matrimonio constituye la institucionalización de las relaciones que tienen por base la unión intersexual monogámica”¹⁴.*

Según el Dr. Guillermo Borda el matrimonio es *“una sociedad del hombre y la mujer, que se unen para perpetuar su especie, para ayudarse, para socorrerse mutuamente, para llevar el peso de la vida y compartir su común destino. Es la unión del hombre y la mujer para el establecimiento de una plena comunidad de vida”¹⁵.*

Para Diez Picazo y Gullón es *“una unión de un varón y una mujer concertados de por vida mediante la observancia de determinados ritos y formalidades legales, tendiente a realizar una plena comunidad de existencia”¹⁶.*

El Dr. Lorenzetti manifiesta *“El matrimonio es una institución legal que apunta a la organización social y como tal tiene una serie de requisitos y de impedimentos que el legislador ha juzgado razonable. ... El legislador ha considerado que la convivencia entre personas de igual sexo, aunque tolerada, no puede ser elevada como imperativo categórico. Siendo el matrimonio una institución subsidiada por el Estado mediante diversas políticas públicas, ha decidido que la promoción es para las personas de diferentes sexos que se unen. Ello es así, porque el legislador ha considerado además, que el matrimonio está estrechamente unido a la institución familiar...”¹⁷.*

¹³ Ignacio, Graciela “Transexualismo, cambio de sexo y derecho a contraer matrimonio”, en JA, 1999-I-868.

¹⁴ Zannoni, E; “Derecho de Familia”, Editorial Rubinzal Culzoni, T I, Santa Fé, 1991, Pág. 114. (citado en los Considerandos de autos “R., M. de la C y otro c/ Registro Nacional de Estado y Capacidad de las Personas s/ Medidas Precautorias” JNciv N°88).

¹⁵ Borda Guillermo “Manual de Derecho de Familia”, Editorial Abeledo-Perrot, 10º edición, Buenos Aires, 1988, Pág. 33.

¹⁶ Diez Picazo, Luis y Gullón, Antonio “Sistema de Derecho Civil”, Editorial Tecnos, Volumen IV, Madrid, 1986, Pág. 65.

¹⁷ Lorenzetti Ricardo “Igualdad, Antijuridicidad, diferencia: Derecho a ser Diferente, a no ser discriminado, interpretación y protección”, JA, 1995-IV-834 y sgtes.

Los tratadistas argentinos Carlos A. Lagomarsino y Marcelo Salerno, lo definen como *“una institución social destinada a crear una familia, alimentada con ideas sociales y religiosas, que es la célula constitutiva de la sociedad”*¹⁸.

Al hacer un análisis de las definiciones presentadas, podemos concluir que la mayoría de los autores tradicionales determinan que el matrimonio es una institución regida para la unión de un hombre y una mujer y no contempla, al menos como “matrimonio” la unión de parejas homosexuales, o sea entre hombre y hombre o mujer y mujer. Asimismo, se desprende de los conceptos, caracteres fundamentales que posee el matrimonio como institución jurídica y social, tales como la perpetuación de la especie y el cuidado de los hijos.

Por supuesto que estas definiciones fueron realizadas en épocas donde la homosexualidad no era abordada con la misma naturalidad que existe en el presente, ya que en esos tiempos existía discriminación e ignorancia sobre la sexualidad. Por lo tanto, al ser codificada la institución del matrimonio por el Dr. Vélez Sársfield, la misma fue pensada únicamente para parejas heterosexuales, por lo cual, hablar de una situación distinta a la originalmente concebida, ocasiona que sea una cuestión sumamente novedosa para nuestro derecho. Actualmente y luego de la sanción del matrimonio igualitario en nuestro país, tendríamos un nuevo concepto de matrimonio que quedaría determinado como una unión de personas sin hacer distinción de sexo de los contrayentes y eliminaría el fin de la procreación puesto que las uniones homosexuales no podrían hacerla efectiva entre ellos. Cabe acotar que la Real Academia Española de Lenguas hasta la fecha, todavía no ha modificado el concepto de matrimonio, no obstante estar permitido el matrimonio homosexual en España.

¹⁸ Lagomarsino C. y Salerno, M. “Enciclopedia de Derecho de Familia”, Tomo II, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1992, Pág. 236.

I.2. Caracteres:

Desde el punto de vista jurídico, en atención a lo que resulta de los conceptos anteriormente citados, y de la interpretación de nuestro derecho positivo antes de la reforma introducida por la Ley N° 26.618, podemos señalar que el matrimonio posee los siguientes caracteres.

- a) **HETEROSEXUAL:** implica la unión intersexual, es decir, la unión entre un hombre y una mujer.
- b) **UNIDAD:** a contrario de las uniones poligámicas, la monogamia, o el carácter de unidad del matrimonio, quiere decir que la existencia de un matrimonio subsistente impide la constitución de otro vínculo matrimonial. El Código Civil lo establece al consagrar el “impedimento de ligamen”, es decir, el matrimonio anterior mientras subsista. (art. 166, Inc. 6°, Cód. Civil). Asimismo, se desprende de este carácter, la dualidad del matrimonio, ya que la institución está prevista únicamente para unir a dos personas.
- c) **PERMANENCIA O ESTABILIDAD:** entendido en que el matrimonio se contrae con la intención de que perdure y que esa estabilidad quede garantizada por nuestro ordenamiento jurídico. Este carácter no debe ser confundido con la indisolubilidad, ya que ésta atañe a la posibilidad de que el vínculo matrimonial pueda extinguirse no obstante haber sido válidamente constituido, en razón de hechos naturales o circunstancias voluntarias. Se pueden nombrar como causales de disolución, la muerte de algunos de los conyugues y el divorcio vincular.
- d) **JURIDICIDAD:** en el sentido de que la celebración del matrimonio, es un acto jurídico revestido de solemnidades impuestas por la ley, lo que implica que solamente a través de esta legalidad impuesta, los contrayentes quedan amparados por la ley.

Que el matrimonio sea contraído por un hombre y una mujer, además de ser un carácter propio del instituto, era un requisito indispensable. El art. 172 del Código Civil Argentino explícitamente establecía: “*Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por **hombre y mujer** ante autoridad competente para celebrarlo*”. Sin embargo, este artículo fue modificado por el art. 2 de la Ley N° 26.618, por lo que en la actualidad, el matrimonio homosexual tiene los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.

I.3.Fines:

Los fines del matrimonio no fueron expresamente establecidos en nuestro Código Civil, ni con la Ley N° 2.393 de Matrimonio Civil, ni después de la reforma de la Ley N° 23.515. Sin embargo se encuentran implícitos o resultan de las normas que establecen los deberes-derechos personales entre los cónyuges, estos son, la fidelidad, la asistencia y la cohabitación. Según Bossert y Zannoni estos deberes significan:

“La **fidelidad** –de fides, fé-, implica un concepto amplio, que socialmente incluye el deber, para cada cónyuge, de observar una conducta inequívoca, absteniéndose de cualquier relación que cree una apariencia comprometedora y lesiva para la dignidad del otro. Este concepto es inseparable de la ética de la comunidad misma, aceptada en las relaciones personales de marido y mujer. Se vincula estrechamente a la institucionalización del matrimonio monogámico y su sustento, en la pareja, descansa en la aceptación exclusiva y recíproca, de un esposo respecto del otro”¹⁹.

“La **asistencia**, entendida como concepto genérico distinto del concepto específico de alimentos, recoge una serie de presupuestos éticos que sustancialmente podrían sintetizarse

¹⁹ Bossert – Zannoni. Ob. cit. Pág. 199.

en el concepto de solidaridad conyugal. Y, más allá todavía, solidaridad familiar. Los alimentos, como prestación, si bien se fundan en el deber de asistencia, se traducen en valores pecuniarios, de contenidos económicos, que aseguran la subsistencia material. En la asistencia, en sentido amplio, quedan comprendidos la mutua ayuda, el respeto recíproco, los cuidados materiales y espirituales que ambos cónyuges deben dispensarse”²⁰.

*“La **cohabitación**, de cohabitar, vivir – o habitar- juntos, implica respecto del los cónyuges la obligación de convivir en una misma casa. El deber de cohabitación es recíproco y permanente, lo que no significa que no pueda cesar. Los cónyuges pueden ser relevados judicialmente del deber de convivencia cuando ella pueda poner en peligro cierto la vida, o la integridad física, psíquica o espiritual de uno de ellos, de ambos o de los hijos, lo que, obviamente, será valorado por el juez”²¹.*

Bossert y Zannoni, agregan que *“el matrimonio como institucionalización de la unión entre hombre y mujer, satisface finalidades que están insitas en la razón de ser de su reconocimiento social y de su protección por el derecho”²².*

El Código Canónico hace mención de manera expresa sobre los fines naturales del matrimonio y determina que hace a la esencia del mismo la relación que este dirigida al bien de los esposos, a la procreación y a la educación de los hijos. Es así que el Papa Juan Pablo II ha declarado que: *“el matrimonio es el fundamento de la comunidad más amplia de la familia, ya que la institución misma del matrimonio y el amor conyugal están ordenados a la procreación y educación de la prole, en la que encuentran su coronación”²³.*

Algunos autores de nuestra doctrina han determinado los fines del matrimonio. Entre los más importantes podemos nombrar al Dr. Guillermo Borda que sostiene que *“los fines normales o naturales del matrimonio son la satisfacción del amor, la mutua compañía y*

²⁰ Bossert – Zannoni. Ob. cit. Pág. 202.

²¹ Bossert – Zannoni. Ob. cit. Pág. 207.

²² Bossert – Zannoni. Ob. cit. Pág. 76.

²³ Juan Pablo II, “Familiares Consortio”, Ed. Paulinas, 2da Edición, Buenos Aires, 1985, Pág. 25.

*asistencia, la procreación y la educación de los hijos*²⁴. En este sentido el Dr. Zannoni²⁵ distingue los fines institucionales que son lo que dan o explican la razón de ser del matrimonio, y los fines individuales para contraerlos, determinando que *“los fines del matrimonio son la procreación y la educación de la prole, y los segundos la ayuda mutua y el remedio a la concupiscencia”*.

“Las formulas que resumen los fines del matrimonio desde la perspectiva de la realización plena de hombre y mujer en el encuentro interhumano en el cual han de fundar una familia constituida por ellos y más tarde por los hijos que lleguen a este mundo, para educarlos y educarse, para realizarse en la vida y cumplir lo que constituye un destino natural, sea más propiamente función de la sociología y de la ética, que de la explicitación de las normas jurídicas. Éstas implícitamente reenvían a la realidad, que determina los fines que corresponden al matrimonio de acuerdo a la naturaleza de las cosas” (Bossert y Zannoni)²⁶.

Como comentamos anteriormente, los fines del matrimonio se encuentran implícitos o resultan de las normas que establecen los deberes-derechos personales entre los cónyuges.

Las parejas homosexuales pueden cumplir con los mismos deberes individuales establecidos para las parejas heterosexuales asumiendo las obligaciones de convivencia, fidelidad, auxilio y respeto mutuo. Pero no pueden cumplir con los deberes sociales de continuidad de la especie, la transmisión de valores culturales para generaciones futuras y la educación de los hijos en un entorno con roles paternos y maternos diferenciados.

En cuanto a la finalidad de la continuidad de la especie, los grupos que están a favor del matrimonio homosexual manifiestan que existen parejas intersexuales que no pueden o no quieren tener hijos, ya sea por simple elección o en el caso de parejas estériles o parejas entre ancianos, y que a ellos no se les impide contraer matrimonio, de donde se deduciría

²⁴ Borda Guillermo, “Tratado de Derecho Civil. Familia”, Ed. Abeledo Perrot, 9na Edición, Tomo I, Bs. As., 1993, Pág. 51.

²⁵ Zannoni, Eduardo, “Derecho de Familia”, Editorial Astrea; 5ta edición, cit. Tomo I, Bs. As., 2006, Pág. 116.

²⁶ Bossert y Zannoni. Ob. cit. Pág. 77.

que el fin del matrimonio no es la procreación, y agregan en ese sentido, que ya que no se les rechaza la posibilidad de contraer matrimonio a esas parejas, tampoco se les debería negar este derecho a las parejas homosexuales que no puedan procrear. Sin embargo consideramos que estos argumentos son rebatibles ya que las parejas heterosexuales que se unen en matrimonio y no pueden concebir, constituyen una excepción, y el derecho se rige por principios y no por excepciones.

“Si una pareja no puede asumir los fines procreacionales, porque sus miembros son de igual sexo, no puede cumplir con uno de los fines matrimoniales objetivos y funcionales. Ello es diferente de aquellas parejas que no pueden cumplir los fines del matrimonio subjetivamente, porque no quieren o no pueden, pero ello no le quita fuerza al fin objetivo del matrimonio, dado que el incumplimiento injustificado del fin procreacional es causal de divorcio y el ocultamiento de la esterilidad anterior al matrimonio es causal de nulidad del matrimonio”²⁷.

Los miembros de las uniones homosexuales pueden concebir hijos con personas del otro sexo a través de técnicas de fecundación humana asistida, pero están biológicamente impedidos de engendrar hijos entre ambos contrayentes, por eso el tema de la adopción de niños por parte de parejas del mismo sexo toma relevancia en este trabajo. La orientación sexual de una persona no le impide ejercer su rol paterno o materno, pero en el caso de parejas homosexuales, no se podría brindar a los niños esos roles de manera diferenciada, en todo caso podrán brindar a los niños el cuidado de dos hombres o de dos mujeres, pero no le podrán dar la diversidad necesaria para la educación óptima. En el fallo del caso “Baher vs. Mike” del Tribunal de Gran Instancia de Honolulu, se destacan los informes presentados como prueba, en especial el del Dr. Pruett, psiquiatra especialista en desarrollo infantil que asegura: *“Los padres biológicos tienen una predisposición que facilita la tarea de*

²⁷ Borda Guillermo, “Tratado de Derecho Civil, Familia”, Editorial Abeledo Perrot; 9na Edic. t I, Buenos Aires; 1993, Pág. 118.

*educar a los hijos. La situación ideal para educar un hijo se da en una familia que comprende un padre y una madre*²⁸.

Por otra parte, quienes apoyan la corriente del matrimonio homosexual manifiestan que existen niños que son educados en familias monoparentales de madres solteras o de progenitores divorciados o viudos y que su educación se brinda correctamente, pero sostenemos que existe una diferencia entre una familia monoparental, donde se brinda un rol paterno o materno, y una unión bipersonal de un mismo sexo que brinda roles paterno-paterno o materno-materno. Asimismo creemos que la familia monoparental es accidental y no esencial y además tiene en si la aptitud para otorgarla con una nueva unión materna o paterna. La pareja homosexual, en cambio, no puede jamás brindar los roles femeninos y masculinos diversificados para la educación de un niño.

A partir de lo expuesto, afirmamos que nos encontramos ante dos parejas distintas por las funciones que las mismas cumplen, y la diferencia radica en una cuestión puramente natural. Con la sanción de la Ley N° 26.618 se modifica la esencia del matrimonio y por lo tanto, también se modifica su concepto, sus funciones y sus fines.

I.4. Requisitos para contraer matrimonio- Art. 172 del Código Civil:

En principio la Doctrina en general hace una diferencia distinguiendo entre los requisitos intrínsecos o de fondo y los requisitos extrínsecos o de forma, del matrimonio.

Los requisitos intrínsecos serían: la diversidad de sexo de los contrayentes, el consentimiento personal y libremente expresado, y la ausencia de impedimentos. Mientras

²⁸ Errante, Edward, Le mariage homosexuel aux États-Unis: les arrêts des tribunaux de l'Etat de Hawai et leurs implications au niveau national, en Homosexualité et Droit, Paris, 1998, p 293 (citado por Medina Graciela, "Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio" Ob. cit. Pág. 169).

los dos primeros requisitos acarrearían la inexistencia del matrimonio, el segundo conduciría a la nulidad del mismo.

El requisito extrínseco atañe a las formas matrimoniales exigidas, en este caso, se establece que es fundamental para la existencia del matrimonio, que el consentimiento sea expresado ante el oficial público encargado del Registro Civil (art. 188, Cód. Civil), pero puede serlo ante cualquier magistrado o funcionario judicial en los casos de matrimonio en peligro de muerte, si no es posible hallar al oficial público encargado del Registro Civil (art. 196, párr. 2º). En definitiva, sería, pues, inexistente el no celebrado ante la autoridad competente.

De lo manifestado anteriormente inferimos que según lo determinaba el art. 172 del Cód. Civil, el matrimonio, como acto jurídico, está constituido por tres requisitos: el pleno y libre consentimiento de los contrayentes, que sea expresado personalmente por hombre y mujer, y por el acto administrativo a través de la intervención del oficial público encargado del Registro Civil que ejercerá un control de legalidad para celebrarlo. Por lo tanto, la ausencia de alguno de estos elementos estructurales provoca su inexistencia. El segundo párrafo del mencionado artículo agrega que *“el acto que careciere de algunos de estos requisitos no producirá efectos civiles aunque las partes hubieran obrado de buena fe...”*, es decir que no regirá, a su respecto, el régimen del matrimonio putativo (arts. 221 y 222 C.C.).

Según Bossert y Zannoni, *“la teoría de la inexistencia parte de la doctrina francesa debido a la necesidad de cumplir una función integradora del régimen de ineficacias en el derecho francés. En ese contexto, se hizo necesario distinguir entre nulidad e inexistencia debido a que el Code no acogía normativamente una teoría general de las nulidades y en tanto que la nulidad era una sanción, se reputó que no había nulidad sin texto expreso de la ley que la consagre (pas de nullité sans texte). Al aceptar que no hay nulidad sin un texto de la ley que la determine, en esa época, la doctrina comenzó a tener problemas con supuestos*

en que si bien no estaba prevista la nulidad, era evidente que el acto no podía juzgarse válido o eficaz. Es por eso que se infirió el primer supuesto de inexistencia de matrimonio en el art. 146 del Code que disponía que -no hay matrimonio cuando no hay consentimiento-. La doctrina francesa agrego luego otros supuestos de inexistencia, que si bien no estaban taxativamente previstos como nulidad, evidentemente no podían generar un vínculo matrimonial válido, ellos fueron la diferencia de sexos entre los contrayentes y la intervención del oficial público en el acto”²⁹.

La inexistencia del matrimonio no equivale a invalidez o nulidad en cuanto a los efectos que conlleva, ya que aquella, es entendida como si el acto nunca hubiese existido y lo priva de todo efecto civil, puede ser alegada por cualquier persona que tenga un interés aunque fuera meramente moral, y si es comprobada la ausencia de uno de los elementos estructurales por el juez del proceso, puede considerar que el matrimonio no existe y negarle todo efecto. Además, la inexistencia del matrimonio impide la confirmación o, en su caso, la caducidad del derecho a alegarla, en cambio, la nulidad es entendida como una sanción de ineficacia que, no obstante presentar los elementos estructurales a la existencia del matrimonio, lo priva de sus efectos propios por mediar vicios en las condiciones de validez. La nulidad exige la promoción de la acción judicial respectiva, sólo puede ser declarada por sentencia dictada al cabo de un procedimiento establecido, y debe ser promovido por algunas de las personas legitimadas para ello según se trate de una nulidad relativa o de una nulidad absoluta. Sin embargo, si se hubiera labrado un acta del matrimonio que careciera de algunos de los requisitos para su existencia, el juez, una vez comprobada la irregularidad, deberá ordenar su anulación oficiando al Registro correspondiente. Asimismo cualquier interesado podrá promover un juicio de nulidad de matrimonio, promoviendo una acción destinada a que se declare la nulidad de un acta referida a un matrimonio inexistente.

²⁹ Bossert y Zannoni. Ob. cit. Pág. 154-155.

Una segunda clasificación distingue entre condiciones de existencia y condiciones de validez del acto matrimonial. Las condiciones de existencia son los tres requisitos expresados en el art. 172 para que un matrimonio sea declarado existente, en tanto las condiciones de validez, supone su existencia estructural, pero además, que el acto no este afectado en sus presupuestos de validez respecto de la inexistencia de impedimentos dirimientes entre los contrayentes o de vicios en su consentimiento.

Los impedimentos matrimoniales pueden denominarse como *“aquellas prohibiciones de la ley que afectan a las personas para contraer matrimonio”*³⁰. Tradicionalmente los impedimentos pueden clasificarse en impedimentos dirimientes e impedimentos impeditivos. Para Bossert y Zannoni, *“los primeros constituyen un obstáculo para la celebración de un matrimonio válido, y los segundos son aquellos que afectan la regularidad de la celebración del matrimonio, pero que no provocan su invalidez”*³¹.

Respecto al requisito de diversidad de sexos, en el caso de que sea celebrado entre personas del mismo sexo, este hecho supondría que el oficial público haya consentido la celebración del matrimonio entre dos hombres, o entre dos mujeres, o que uno de los contrayentes haya simulado o aparentado falsamente tener otro sexo; derivando esto en la declaración de inexistencia de la unión con la consiguiente declaración de falsedad del acta de matrimonio y la consecuencia de ser pasibles de ser condenados por falsedad ideológica de instrumento público (art. 293, Cód. Penal, y, respecto del abuso de funciones del oficial público del Registro Civil, art. 298, Cód. Penal, en su caso).

Otro artículo del Código Civil que sustenta el requisito estructural establecido en el art. 172 sobre la diversidad de sexos es el art. 188, 3er párrafo. *“En el acto de la celebración del matrimonio, el oficial público leerá a los futuros esposos los arts. 198, 199 y 200 de este Código, recibiendo de cada uno de ellos, uno después del otro, la declaración de que*

³⁰ Bossert y Zannoni. Ob. cit. Pág. 103.

³¹ Bossert y Zannoni. Ob. cit. Pág. 103-104.

quieren respectivamente tomarse por marido y mujer, y pronunciará en nombre de la ley que quedan unidos en matrimonio”.

Del análisis del art. 172 del Cód. Civil podemos concluir que era imposible en la República Argentina contraer matrimonio entre personas del mismo sexo, ya que quedaban excluidos de nuestra normativa nacional y si bien, no existía una prohibición expresa al respecto, estos artículos impedían su realización ya que la diversidad de sexo era considerado un requisito estructural del acto matrimonial, y al no cumplirse, correspondía declarar esa unión como inexistente.

1.5.Reconocimiento del matrimonio en los Tratados Internacionales:

El reconocimiento del derecho a contraer matrimonio, conforme el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, adquiere jerarquía constitucional según la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).

En la Declaración Universal de Derechos Humanos el art. 16 prescribe: *“Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.” (...)* *“Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.” (...)* *“La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.*

El art. 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) señala: *“1.La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y la*

mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención. 3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. 4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos. 5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo”.

Por un lado la corriente que esta a favor del matrimonio entre personas del mismo sexo, argumentan que los tratados no especifican que el derecho a contraer matrimonio tenga que realizarse “entre” personas de diferente sexo. Sin embargo, los que están en contradicción a esas posturas señalan, que si se hace una interpretación de acuerdo al tiempo en que los tratados fueron celebrados y teniendo presente el significado literal de las palabras, se evidencia que los tratados manifiestan que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio, utilizando el término “hombre y mujer”, por que, de otro modo los instrumentos internacionales expresarían que toda “persona” o “todo ser humano” o “todos” tienen el derecho a casarse.

De la interpretación de los artículos de estos tratados, podemos inferir que no dejan lugar a duda, que cuando se habla del derecho que tiene toda persona a contraer matrimonio, se refiere al que tiene lugar entre personas de distinto sexo, ya que hace a la esencia del matrimonio que sea realizado entre un hombre y una mujer.

Sobre el particular el Dr. Mauricio Luis Mizrahi al referirse a la constitucionalidad del vínculo homosexual en su libro "Familia, matrimonio y divorcio"³², luego de citar las Primeras Jornadas del Fin del Mundo de Derecho Privado, llevadas a cabo en la Provincia de Tierra del Fuego, el 31 de octubre de 1996, donde se remarcó que "es de adecuada política legislativa no desalentar la heterosexualidad y favorecer la constitución de la familia sobre la base del matrimonio" (páginas 188/189) y poniendo de manifiesto que en igual sentido se pronunciaron en las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil al postular que "La ley que regule la reproducción asistida debe garantizar el derecho del niño a una familia, permitiendo que sean destinatarios de esas técnicas de procreación solamente hombre y mujer unidos entre sí por matrimonio o unión de hecho estable..." (Buenos Aires, 25/27 de Septiembre de 1997), señala que en cuanto al tenor de las convenciones internacionales -Declaración Universal de Derechos Humanos y Pacto de San José de Costa Rica- "*... poco ayudan a la tesis que aspira a la equiparación de derechos con el matrimonio; más bien, producen el efecto contrario. ... en estas regulaciones se encuentra excluido el vínculo homosexual para el matrimonio y la constitución de una familia*"³³

Asimismo, un fallo del mes de Septiembre de 2007 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala "F" Expte.: "R M de la C y otro c/ Registro Nacional de Estado y Capacidad de las Personas s/ medidas precautorias", confirmó una sentencia del Juzgado Nacional en lo Civil que negó un matrimonio a personas del mismo sexo (mujer-mujer) argumentando respecto de la interpretación que debía hacerse sobre la unión matrimonial consagrada en los tratados internacionales: "*... si bien aquéllos mencionan en sus textos que los "hombres y mujeres tienen derecho a casarse" (art. 16 Declaración Universal de Derechos Humanos), "toda persona tiene derecho a tener familia" (art. VI Declaración*

³² Mizrahi Mauricio Luis, "Familia, matrimonio y divorcio", Editorial Astrea, 1 era edición, Buenos Aires, 1998.

³³ Ob cit. y Bidart Campos, "Matrimonio y unión entre personas del mismo sexo", El Derecho, 164,718. (Publicado en La Ley Online del 29 de diciembre de 2010) <http://www.derechodelavictima.com.ar/blog/articulos-de-opinion/41-justicia-poder-judicial/221-sobre-la-inconstitucionalidad-del-articulo-172-del-codigo-civil>.

Americana de los Derechos y Deberes del Hombre), “se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio” (art. 17 Pacto de San José de Costa Rica); etc, son todas locuciones que puntualizan el derecho que toda persona tiene de casarse con una persona del sexo opuesto, pues es la esencia del connubio que sea formalizado entre un hombre y una mujer. Por otra parte, si se observan las fechas en que fueron firmados estos tratados, veremos que en esa época no se planteaban todavía este tipo de cuestiones, por lo cual el derecho que en ellos se consagra no puede ser otro que el que acabamos de conferirle. (Chechile, Ana M. "Homosexualidad y Matrimonio", JA. 2000 11pág. 1095)". Los tratados que reconocen el derecho a casarse emplean expresiones aproximadas a esta: derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio. Si bien no se especifican que la fórmula significa casarse "entre sí", parece cierto que no están imaginando el casamiento como derecho de un varón con otro varón, ni de una mujer con otra mujer, sino de un hombre con una mujer; sería bastante rebuscado hurgarle otro sentido. Es que los tratados de derechos humanos no se han incorporado las valoraciones que tienden a catalogar la unión entre personas del mismo sexo como matrimonio (Bidart Campos, Germán J, “Matrimonio y unión entre personas del mismo sexo” ED- 164-723 pág. 723). En efecto, más allá de la interpretación estrictamente literal, una interpretación integradora del sistema constitucional o una interpretación lógica de las expresiones a las que se hace referencia, permite concluir que la mención expresa del hombre y la mujer como titulares del derecho fundamental a contraer matrimonio limita su reconocimiento al celebrado entre ellos. De lo contrario, hubiera bastado con señalar el derecho de "todas las personas " a celebrar matrimonio, como se reconoce el derecho de toda persona a la vida, a la libertad, a la integridad, etcétera. (Andrés Gil Domínguez, María Victoria Fama, Marisa Herrera, "Derecho constitucional de familia" T. 1, pág. 152)...”.

En palabras del Dr. Jorge Gentile, *“la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto de San José de Costa Rica le otorgan carácter de matrimonio exclusivamente a la unión entre personas de distinto sexo, esto es entre un hombre y una mujer, apreciando además que tales Convenciones o Tratados tienen carácter constitucional según lo prescripto en el art. 75 inc. 22 de la Carta Magna, no cabe ninguna duda que el artículo 172 del Código Civil (reformado por Ley N°26.618) en tanto le otorga el carácter de matrimonio en su segundo párrafo, al que fuera contraído entre personas del mismo sexo, viola flagrantemente la Ley Fundamental Argentina ya que ni el congreso por ley, ni una consulta popular (art. 40 CN y 1° de la Ley N°25.432), pueden reformar esto, que integra el Bloque Constitucional. Para denunciar estos tratados debe hacerlo el Poder Ejecutivo, previa aprobación de los dos tercios de la totalidad de los miembros de cada Cámara del Congreso. Es por ello, que la Ley N°26.618 es inconstitucional”*³⁴.

³⁴ <http://jorgegentile.com/2010/06/07/matrimonio-o-union-civil/>. Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional y de la Universidad Católica de Córdoba. (Consultado el 05 de Enero de 2011)

Capítulo II

Homosexualidad

II.1. Definición:

La homosexualidad según el diccionario de la Real Academia Española de Lenguas esta definido como *“inclinación hacia la relación erótica con individuos del mismo sexo y a la práctica de dicha relación”*³⁵.

“El término -homosexual- fue creado en 1869, por Karl-María Kertbeny, escritor, poeta y pionero del movimiento de liberación homosexual. Etimológicamente, deriva del griego *homo* que significa *igual* (y no como a veces lo confunden, derivado del latín, que significa *hombre*), y del adjetivo latino *sexualis*, lo que significaría una relación sexual y sentimental entre personas del mismo sexo. Si bien el término homosexual agrupa los dos tipos de relaciones que pueden existir, ya sea de hombre-hombre y mujer-mujer, suele emplearse el término gays para distinguir la primera relación, o sea los hombres que se sienten atraídos afectiva y sexualmente por otros hombres, y la expresión lesbianas, para diferenciar a las mujeres a las que les atrae otras mujeres. Las personas que sienten atracción por individuos de ambos sexos, son llamadas bisexuales y las personas que se relacionan erótica o sexualmente con individuos de otro sexo se denominan heterosexuales”³⁶.

En principio, *“la identidad sexual y la orientación sexual son dos conceptos distintos, no excluyentes entre sí. Mientras la primera es el rol que adopta socialmente un individuo, ya sea el esperado o no, la segunda es la atracción física hacia una persona por razón de su sexo”*³⁷.

³⁵ http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=cultura (Consultado el 01 de Febrero de 2011)

³⁶ <http://es.wikipedia.org/wiki/Homosexualidad> (Consultado el 01 de Febrero de 2011)

³⁷ http://www.sexualidad.es/index.php/Identidad_sexual (Consultado el 01 de Febrero de 2011)

La sexualidad, entendida como *“el conjunto de condiciones anatómicas, fisiológicas y psicológico-afectivas que caracterizan cada sexo”*³⁸, es un tema que necesita ser desarrollado partiendo de ciertas distinciones:

1. *“El pseudohermafrodita o intersexual es la persona que presenta de forma simultánea características físicas sexuales masculinas y femeninas, en grado variable, aunque generalmente predomina uno de ellos”*³⁹.
2. *“El travesti, es la persona que utiliza vestimenta y complementos socialmente delimitados para el sexo opuesto, ya sea, porque le provoca excitación sexual, o porque desea pertenecer públicamente al género opuesto, pero a diferencia del transexual, no desea cambiar de sexo”*⁴⁰.
3. *“El Pansexual u omnisexual es la persona cuya orientación sexual, se caracteriza por la atracción estética, amorosa o romántica por otras personas independientemente del sexo o género de las mismas. Se diferencia del bisexual, en que estos sienten una atracción sexual hacia personas de ambos sexos, en tanto los omnisexuales, consideran que lo que realmente importa es el interior de la persona”*⁴¹.
4. *“Poliamoroso es la persona que mantiene relaciones íntimas amorosas, sexuales (no necesariamente) y duraderas de manera simultánea con varias personas, con el pleno consentimiento y conocimiento de todos los amores involucrados (distintas formas de poliamor: polifidelidad, poliginia, poliandría, matrimonio grupal, etc)”*⁴².
5. *“El transexual, es aquella persona que siente que pertenece al sexo opuesto, es decir que su identidad sexual está en conflicto con su anatomía sexual. Se produce una*

³⁸ http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=cultura (Consultado el 01 de Febrero de 2011)

<http://es.wikipedia.org/wiki/Sexualidad> (Consultado del 01 de Febrero de 2011)

³⁹ <http://laintimidadentodasuplenitud.blogspot.com/> (Consultado el 03 de Febrero de 2011)

<http://www.elpais.com/diccionarios/castellano/seudohermafrodita> (Consultado el 03 de Febrero de 2011)

⁴⁰ <http://es.wikipedia.org/wiki/Travestismo> (Consultado el 03 de Febrero de 2011)

⁴¹ <http://es.wikipedia.org/wiki/Pansexualidad> (Consultado el 03 de Febrero de 2011)

⁴² <http://es.wikipedia.org/wiki/Poliamor> (Consultado el 04 de Febrero de 2011)

<http://www.lanacion.com.ar/115720-el-poliamor-quita-terreno-a-la-clasica-monogamia> (Consultado el 04 de Febrero de 2011)

<http://www.poliamoria.com/preguntas.html> (Consultado el 04 de Febrero de 2011)

*disconformidad entre su sexo biológico y su sexo social, al igual que su sexo psicológico. Suele darse el deseo, en estas personas, de modificar las características sexuales que no se corresponden con el sexo con el que se sienten identificados. Suelen pasar por un proceso de reasignación de sexo, que puede incluir o no una cirugía de reconstrucción genital, mal llamada operación de cambio de sexo*⁴³.

6. *“La persona homosexual siente atracción sexual, emocional, sentimental y afectiva hacia personas que poseen igual sexo que el suyo, y se diferencia de la persona transexual en que esta desea pertenecer al sexo contrario al genéticamente establecido, en cambio el homosexual se siente a gusto con su propio sexo (biológico), no experimenta ningún rechazo hacia su morfología sexual*⁴⁴.

De esta distinción, solamente abordaremos el matrimonio que se relacione entre homosexuales (hombre-hombre mujer-mujer), ya que las otras distinciones no solamente conforman una problemática distinta, sino que además su tratamiento excedería el objetivo de este trabajo.

Nuestra normativa específica, antes de la sanción de la Ley N° 26.618, exigía la diversidad de sexo para la unión matrimonial. El sexo de los contrayentes, su diversidad, no solo tiene como objeto reconocer derechos individuales, sino que apunta a cumplir con las funciones del matrimonio como institución social, como puede ser, la continuidad o propagación de la especie.

⁴³ <http://es.wikipedia.org/wiki/Transexual> (Consultado el 05 de Febrero de 2011)
<http://transexualidad.wordpress.com/%C2%BFque-es-la-transexualidad/> (Consultado el 05 de Febrero de 2011)
http://www.psicocarea.org/identidad_sexual.htm (Consultado el 05 de Febrero de 2011)

⁴⁴ <http://es.wikipedia.org/wiki/Homosexualidad> (Consultado el 05 de Febrero de 2011)
<http://www.definicionabc.com/social/homosexualidad.php> (Consultado el 05 de Febrero de 2011)
<http://www.exodusglobalalliance.org/queslahomosexualidadp315.php> (Consultado el 05 de Febrero de 2011)

II.2. Distintas Teorías sobre sus causas:

La homosexualidad ha existido desde el principio de la humanidad, en todas las razas, en ambos sexos y sin hacer diferencia en cuanto al nivel social, pero es en la actualidad, donde más se ha difundido, debido a la lucha de estas minorías para que se les reconozcan los mismos derechos que a las personas heterosexuales y asimismo porque los prejuicios derivados de la orientación sexual han ido mermando en las distintas sociedades producto de una mayor aceptación por parte de la opinión pública a medida que transcurren los años.

El origen o causa de por qué una persona es homosexual no tiene una respuesta única ni concreta. Expondremos de manera sintética las diferentes teorías expuestas por la Dra. Sonia Rubio⁴⁵, agrupándolas desde un punto de vista descriptivo, en biológicas y psicológicas.

La homosexualidad era considerada una enfermedad mental, se pensaba que este "trastorno o alteración de la conducta" podía curarse con diversas terapias y tratamientos.

*"En 1973, los dirigentes de la Asociación Norteamericana de Psiquiatría (APA) habían votado unánimemente para retirar a la homosexualidad como trastorno, de la sección Desviaciones sexuales, de la segunda edición del Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales (DSM-II). Asimismo, en 1990 La Organización Mundial de la Salud (OMS), excluyó a la homosexualidad de la Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y otros Problemas de Salud"*⁴⁶.

En la actualidad, la mayoría de la comunidad científica internacional reconoce que la homosexualidad no puede considerarse una enfermedad, sin embargo, hay personas que siguen sosteniendo que se trata de un trastorno.

⁴⁵ Sonia Soriano Rubio "Como se vive la homosexualidad y el lesbianismo", Editorial Amarú, 1 era ED, Salamanca, 1999, Pág. 31-47.

⁴⁶ <http://es.wikipedia.org/wiki/Homosexualidad> (Consultado el 06 de Febrero de 2011)

Las teorías biológicas pretenden explicar el origen de la homosexualidad en base a factores etiológicos de naturaleza orgánica. Según el tipo de factores en los que se centran encontramos tres grupos. Los factores genéticos, los hormonales y los que plantean la existencia de diferencias estructurales en el cerebro de los homosexuales y heterosexuales.

La teoría genética postula que la homosexualidad es innata. Su origen está en los genes y el factor determinante está asociado al cromosoma X transmitido por la madre.

Los estudios de la teoría hormonal parten de la premisa básica de que dado que hombres y mujeres disponen de hormonas sexuales masculinas y femeninas, andrógenos y estrógenos, en diferente proporción según nuestro sexo, la descomposición en el nivel hormonal de cada persona, causa la homosexualidad tanto en hombres como en mujeres. Dentro de esta corriente, otro tipo de investigaciones plantean que, sin rechazar la importancia de un adecuado equilibrio hormonal durante la vida adulta, se han centrado en el papel de las hormonas durante el proceso de desarrollo cerebral y sexual prenatal.

La teoría neuroanatómica pretende demostrar que las causas de la homosexualidad se encuentran en algunas características de determinadas estructuras del cerebro, en concreto en el tamaño de un área del hipotálamo. Los trabajos de esta teoría afirman que el tamaño de los núcleos intersticiales del hipotálamo anterior (INAH-3) en los hombres heterosexuales era del doble que en las mujeres y en los hombres homosexuales, mientras que entre estos dos últimos grupos, no había diferencia. Según el Dr. Le Vay (1991), la estructura del INAH-3 es más pequeña en aquellas personas que sienten atracción sexual hacia hombres. De todas maneras, las teorías biológicas, por el momento, no pueden afirmar que la homosexualidad, o la orientación sexual, sea determinada ni por factores genéticos, ni hormonales, ni tampoco neuroanatómicos únicamente.

Las teorías psicológicas también han tratado de explicar, al igual que las teorías biológicas, las causas de la homosexualidad. Todas ellas, aunque con notables diferencias,

postulan que ésta es adquirida, y la clave fundamental se encuentra en factores del entorno de la persona o en el propio aprendizaje. La Dra. Rubio agrega que según Freud, en todo ser humano existe una disposición bisexual congénita que a través de las distintas etapas de desarrollo, se va orientando hacia una única sexualidad, hetero u homosexual. Si las condiciones psicosociales son adecuadas la elección del sujeto será heterosexual, en caso contrario, se produce un retraso o alteración en el desarrollo cuyo resultado será la elección homosexual. Según la tradición psicoanalítica clásica, la homosexualidad se adquiere como consecuencia de las influencias ambientales, concretamente del sistema de relaciones maternofiliales y paternofiliales durante la infancia. La teoría Conductal, afirma que la sexualidad es al nacer un impulso neutro que se va modelando a partir de diversas experiencias de aprendizaje, que tiene origen en la imitación.

Ni desde el campo de la medicina, ni de la psicología, ni desde la educación, ni con medidas sociales o legales, ha sido posible cambiar la orientación sexual de una persona homosexual. Podemos concluir que no existe acuerdo en la ciencia acerca del origen de la homosexualidad.

II.3. Organizaciones homosexuales:

“A comienzos del siglo XX se da inicio a la creación de las principales asociaciones homosexuales, pero es el 28 de Junio de 1969 en la Ciudad de Nueva York, la fecha clave por la cual estas asociaciones toman un rol más activo en defensa de sus derechos. Este día conocido como -Disturbios de Stonewall- fue el catalizador del movimiento homosexual en Estados Unidos y en el mundo. Los hechos se desarrollaron en un bar de personas homosexuales llamado Stonewall, donde a raíz de una redada policial se inició espontáneamente un motín y por primera vez los homosexuales se defendieron originando

*un enfrentamiento con la policía. Era la primera vez que los homosexuales reaccionaban en forma violenta contra el abuso y persecución que sufrían. Este día también es recordado como el día del movimiento de liberación gay*⁴⁷.

A partir de ese momento, se generó un espacio importante para que las personas homosexuales encontraran un lugar dentro de la sociedad Norteamericana y en varios países del mundo, reuniéndose en asociaciones que luchaban fundamentalmente contra la discriminación. Los 28 de Junio de todos los años se realiza a nivel mundial la marcha del Orgullo Gay para recordar los disturbios de Stonewall y en apoyo al reconocimiento de sus derechos. Estas asociaciones fueron muy importantes para llevar a cabo la reivindicación de los derechos de las personas homosexuales.

*“En la Argentina, en 1967 se crea la primera organización de homosexuales conocida como -Nuestro Mundo- la cual se unió a otras diez organizaciones creando el Frente de Liberación Homosexual (FLH). En el marco de la intolerancia, persecución y genocidio que se vivía en la época de la Dictadura Militar, la FLH decidió autodisolverse*⁴⁸.

“En 1984, se crea una Asociación Civil denominada Comunidad Homosexual Argentina (CHA), cuyo objetivo se centra en el reconocimiento y defensa de los derechos de las personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales. Es la organización más antigua y fue la primera en obtener personería jurídica en nuestro país. Está integrada por personas LGBT y heterosexuales que trabajan ad-honorem, prestando servicios tales como asesoramiento legal gratuito, consultorios psicológico, líneas telefónicas contra la discriminación, campañas de prevención de VIH-Sida y enfermedades de transmisión sexual, campañas por la no discriminación en medios de comunicación social, etc. Uno de los objetivos más importantes de la CHA, es el reconocimiento de derechos individuales y colectivos a personas

⁴⁷ <http://sobrehistoria.com/movimiento-lgtb-historia-de-la-lucha-por-la-iguadad/> (Consultado el 06 de Febrero de 2011)

⁴⁷ http://es.wikipedia.org/wiki/Disturbios_de_Stonewall (Consultado el 06 de Febrero de 2011)

⁴⁸ <http://www.cha.org.ar/articulo.php?art=258&cat=3> (Consultado el 07 de Febrero de 2011)

homosexuales en todo el país"⁴⁹. El presidente de la Comunidad Homosexual Argentina, César Cigliutti ha manifestado que *"Reivindicar la diversidad, al menos en términos de enunciación, es una demostración ética que no admite rechazos. Más en una comunidad como la nuestra, que parte de una diversidad de identidades, personas gays, lesbianas, travestis, transexuales, bisexuales e intersexuales, lo cual es un desafío hasta para el/la activista más entrenado/a"* agrega *"la diversidad, si es cierta, se expresa siempre en diversidad: ni en una sola forma, ni en una sola interpretación, ni en un solo logo -a veces ni en logos-, ni en un excluyente discurso, ni en una única imagen, ni en una única persona, ni en un activista, ni en una organización, ni en una pareja, ni en una única estrategia ni forma. Lo hace en la pluralidad, como los diferentes colores de la bandera del arco iris"*⁵⁰.

*"En el año 1992 fue fundada la Sociedad de Integración Gay Lésbica Argentina (SIGLA) por un grupo de activistas escindidos de la Comunidad Homosexual Argentina. Fue la segunda asociación de minorías sexuales de Argentina en obtener el reconocimiento de su Personería Jurídica"*⁵¹.

*"Asimismo, en el año 2006 se creó la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans (FALGBT) con el objeto de unir a nivel nacional a distintos grupos u organizaciones de LGBT en pro de la lucha de igualdad de derechos"*⁵². *"Fue fundada por cinco organizaciones: la Asociación de Travestis, Transgéneros y Transexuales de Argentina (ATTTA); La Fulana, organización de mujeres lesbianas y bisexuales de Buenos Aires; Nexo Asociación Civil, organización gay de Buenos Aires; VOX Asociación Civil, primera organización LGBT de la provincia de Santa Fé, y la Fundación Buenos Aires Sida, grupo abocado a la prevención del VIH"*⁵³. Actualmente cuenta con más de 42 organizaciones

⁴⁹ http://www.cha.org.ar/cronologia_glttbi.php?cat=42&menu=10 (Consultado el 07 de Febrero de 2011)

⁵⁰ <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-163593-2011-03-07.html> (Consultado el 07 de Febrero de 2011)

⁵¹ http://www.sigla.org.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=44&Itemid=86 (Consultado el 07 de Febrero 2011)

⁵² <http://www.lgbt.org.ar/02-objetivos.php> (Consultado el 07 de Febrero de 2011)

⁵³ <http://www.lgbt.org.ar/01-miembros.php> (Consultado el 07 de Febrero de 2011)

miembros adherentes. La ex presidenta de la FALGBT, la activista lesbiana María Rachid, ha declarado que *“trabajamos día a día para promover el respeto y dejar atrás las prácticas discriminatorias. Asimismo es muy importante avanzar en una concientización de la sociedad, para que todos y todas podamos conocer nuestros derechos y logremos hacer que se cumplan. En ese camino, la cultura, la educación y los medios de comunicación adquieren un rol fundamental”*⁵⁴ además agrega que *“hemos logrado mucho desde el punto de la igualdad jurídica y ahora hay que trabajar por la igualdad social plena, para todas las personas que habitan Argentina”*⁵⁵.

Cabe aclarar que la CHA fue una de las impulsoras de Ley N° 1.004 de Unión Civil en la Ciudad de Buenos Aires que además, en principio, proponía sea promulgada a nivel nacional. En ese sentido, la FLGBT a manifestado que *“lamentablemente, algunas organizaciones, como la Comunidad Homosexual Argentina, salían públicamente a oponerse a la ley de matrimonio para todas y todos, diciendo que estaba culturalmente relacionada a un sacramento de la Iglesia y que la Unión Civil era un instituto jurídico mucho mejor que el matrimonio... aunque no nos garantizara el acceso a la igualdad ante la ley”*⁵⁶. Finalmente hubo consenso en la mayoría de las organizaciones homosexuales para apoyar el matrimonio entre personas del mismo sexo.

En el próximo título analizaremos los argumentos sobre discriminación a los que aluden las personas homosexuales, estableciendo si impedir el matrimonio entre personas del mismo sexo está en contra de nuestro derecho positivo o no.

⁵⁴ <http://www.mariarachid.com.ar/> (Consultado el 07 de Febrero de 2011)

⁵⁵ http://www.clarin.com/politica/Nombran-Maria-Rachid-vicepresidenta-INADI_0_394760731.html (Consultado el 09 de Febrero de 2011)

⁵⁶ <http://www.lgbt.org.ar/blog/Matrimonio/2.html> (Consultado el 09 de Febrero de 2011)

II.4. Derechos de las uniones homosexuales:

Las personas que apoyan el matrimonio homosexual alegan que el derecho a casarse, es un derecho humano fundamental, del que no puede ser privado ningún ser humano en razón de su inclinación sexual. Asimismo consideran que la prohibición del estado, al no reconocerles la posibilidad de casarse a personas del mismo sexo, los discrimina por su condición sexual y además viola el art. 16 de la Constitución Nacional que establece el principio de igualdad ante la ley.

Partiendo de los fundamentos esgrimidos por esta postura, en principio corresponde definir el concepto de Derechos Humanos, para luego analizar en que medida se vulnera el principio de igualdad ante la ley por el cual son discriminados.

Los Derechos Humanos *“son todos aquellos derechos subjetivos cuyo título radica en la personalidad de su sujeto en alguna de las dimensiones básicas del desenvolvimiento de esa personalidad y de los que se es titular, lo reconozca o no el ordenamiento jurídico o aún cuando éste los niegue”*⁵⁷.

Desde el punto de vista de la filosofía iusnaturalista, los Derechos Humanos son absolutos, pero ello desde su aspecto sustancial, y no desde el formal, o sea que es un derecho que puede ser reglamentado.

Para la óptica del Derecho positivo, los Derechos Humanos no son absolutos, en tanto pueden ser reglamentados siempre que no se desnaturalice su esencia, y sin que puedan hacerse prevalecer en su contra consideraciones de utilidad general.

De ambas definiciones se llega a una misma conclusión. El derecho a contraer matrimonio, como derecho absoluto, admite ser reglamentado por el Estado. En este sentido nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho *“Los derechos consagrados en la Constitución Nacional no son absolutos, sino susceptibles de razonable reglamentación de*

⁵⁷ Massini-Correas Carlos, Filosofía del Derecho I, El derecho y los derechos humanos, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, Pág. 140.

*modo tal que su ejercicio puede verse sujeto a las restricciones razonables que determine el legislador, restricciones que derivan de la protección de otros derechos constitucionales o de otros bienes constitucionalmente protegidos*⁵⁸, además respecto de la reglamentación del matrimonio dispuso que la circunstancia de que los Pactos Internacionales con jerarquía constitucional remitan a las condiciones establecidas en las leyes internas respecto del ejercicio del derecho a contraer matrimonio no debe ser entendida como una concesión para que los Estados aborden la institución de cualquier manera y sin limitaciones, puesto que debe respetarse la esencia del derecho.

Es así, que el derecho positivo Argentino, reglamenta el instituto del matrimonio, al establecer impedimentos para casarse, (art. 166 Cód. Civil) entre ellos los relativos al parentesco por consanguinidad, afinidad y adopción, el impedimento de edad, el impedimento de matrimonio anterior, el de crimen, el de privación de la razón y el de sordomudez del contrayente que no pueda manifestar su voluntad.

En definitiva, las limitaciones o requisitos que restringen de alguna manera la libertad individual a contraer matrimonio, ponen en evidencia que el derecho a casarse no puede ser considerado un derecho absoluto, y el ejercicio del mismo, depende de la reglamentación que en su caso dicte el Estado.

Abordando el tema de la discriminación, corresponde recordar que luego de la reforma constitucional del año 1994, han sido incorporados con jerarquía constitucional, Tratados Internacionales que establecen como principios básicos, la no discriminación en razón del sexo, raza, color, religión, entre otros. Estos tratados son:

* Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948: Artículo 2º: *“ Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna*

⁵⁸ CSJN, 5-7-96, “G. M. vs Estado Nacional “. J. A. 1997-II-365.

de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.

* Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica de 1969): Artículo 1º: “ *Los estados partes en esta convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que este sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Artículo 24: Igualdad ante la ley. “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.*

* Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966: Artículo 2º Inc. 2: “ *Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.*

* Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966: Artículo 2º: “ *Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.*

Coincidimos en que el derecho a no ser discriminado es un derecho plenamente admitido en los principales instrumentos internacionales, sin embargo, en el contexto que es utilizada esta palabra, corresponde hacer una aclaración trayendo a colación palabras del Dr.

Massini-Correas⁵⁹ *“hay que tener en cuenta que el término -discriminación- genera una reacción emocional de carácter negativo hacia una conducta o institución sin que se sepa a ciencia cierta cuál es la causa del vituperio, ni tampoco qué aspecto o dimensión de esa conducta o institución es concretamente el que se vitupera. De este modo, nos encontramos en presencia de una palabra -y del concepto que ella significa- de una enorme difusión y virtualidad y de una inversamente proporcional claridad significativa”* además agrega que *“es posible realizar distinciones de trato jurídico entre personas sobre la base de ciertas cualidades personales o naturales siempre y cuando esas distinciones resulten compatibles con la finalidad o finalidades intrínsecas del instituto, función o realidad práctica de que se trate en cada caso, ya que en estas situaciones las cualidades personales influyen decisivamente en la conducta de los sujetos y en la consiguiente posibilidad de alcanzar aquellas finalidades”*. Cuando es utilizado el término discriminación por personas que apoyan el matrimonio homosexual en la República Argentina, inmediatamente se crea una emoción o reacción negativa hacia los sujetos que no estén a favor de dicha postura, porque puede rememorar este concepto quizás a la discriminación que sufrieran los judíos en la época de la Segunda Guerra Mundial o a la sufrida por las personas de raza negra en los Estados Unidos de América; pero cabe aclarar que, fuera de las analogías que se pretendan alegar, afirmamos que la prohibición establecida para contraer matrimonio entre personas del mismo sexo no resulta discriminatoria, puesto que no es arbitrario negarles esta posibilidad a parejas que no reúnan las mismas condiciones, ni puedan cumplir las mismas finalidades que las parejas heterosexuales.

Por otro lado, el principio de igualdad entendido como *“el deber de tratar igual a quienes se encuentren en idénticas circunstancias”*, deja de manifiesto que en tanto las uniones heterosexuales son diferentes a las uniones homosexuales, sus circunstancias son

⁵⁹ Massini-Correas, Carlos “Algunas precisiones semánticas sobre la noción jurídica de discriminación”, en E. D. del 9-10-2000.

distintas, por lo tanto no existe tal discriminación al prohibirles casarse dado que el instituto del matrimonio está pensado para personas de distinto sexo. En este sentido no toda desigualdad es entendida como una discriminación.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado que *“no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva de la dignidad humana”*⁶⁰.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que *“la igualdad ante la ley significa que no se deben conceder excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se otorga en igualdad de condiciones a otros”*⁶¹, *“de donde se sigue que la verdadera igualdad consiste en aplicar la ley a los casos ocurrentes según las diferencias”*⁶², *“sin que ello impida que la legislación contemple en forma distinta situaciones que considere diferentes, cuando la discriminación no es arbitraria ni responde a un propósito de hostigamiento contra determinados individuos o clases de personas, ni encierra un indebido favor o privilegio personal o de grupo”*⁶³.

Desde el punto de vista constitucional, corresponde analizar los artículos de nuestra Constitución Nacional en los cuales las parejas homosexuales fundamentan su derecho a contraer matrimonio. Las normas constitucionales argumentadas son:

Artículo 14 bis.- *“... En especial, la ley establecerá [...] la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna”.*

Artículo 19.- *“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.*

⁶⁰ CIDH. Citado en CSJN “D. de P. V. A. c/ O. C. H. s/ impugnación de la paternidad”, E.D. N°9903, p. 6.

⁶¹ CSJN FALLOS 198:112.

⁶² CSJN FALLOS 16:118.

⁶³ CSJN FALLOS 182:355; 299:146; 300:1049; 301:1185; 302:192.

Artículo 20.- *“Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes...”*.

“Del juego armónico de estos artículos podemos deducir que la Constitución garantiza el derecho a la intimidad y a la vida privada, y como corolario de éste y del derecho a la libertad, nuestra Carta Magna asegura el derecho a la privacidad de las relaciones sexuales entre adultos y el más amplio derecho a la orientación sexual”⁶⁴.

También podemos afirmar que la Constitución garantiza el derecho a casarse como un derecho individual y subjetivo, ya que *“el artículo 20 menciona expresamente entre los derechos civiles reconocidos a los extranjeros, el de casarse conforme a las leyes. Dada la igualdad de status civil entre extranjeros y ciudadanos, el derecho de contraer matrimonio pertenece a todos los habitantes”⁶⁵.*

Del artículo 14 inferimos la protección constitucional de la familia, pero entenderla de esta manera, no significa inferir que exista un derecho de las personas homosexuales a contraer matrimonio. La limitación de la celebración del matrimonio entre personas de distinto sexo no afecta los derechos de la personalidad de los homosexuales, puesto que la institución matrimonial no trata simplemente de atender a los intereses privados de los individuos o al desarrollo de su personalidad, sino de regular actos que trascienden la esfera de la intimidad en cuanto se relacionan con la organización de la sociedad. La relación estable de dos personas homosexuales, es una decisión personal de cada persona y siempre que no ofendan la moral pública y no dañen a terceros integran el ámbito de su privacidad por lo tanto quedan garantizados por nuestra constitución.

⁶⁴ Kemelmajer de Carlucci Aída, y López Cabana Roberto, Derechos y garantías en el siglo XXI, Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 1999. (Citado en “Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio”, Graciela Medina, Editorial Rubinzal – Culzoni; primera edición; Santa Fe, Argentina; Año 2001, Pág. 224).

⁶⁵ Bidart Campos, Manual de la Constitución reformada, t II, pág. 76 (Citado en “Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio”, Graciela Medina, Editorial Rubinzal – Culzoni; primera edición; Santa Fe, Argentina; Año 2001, Pág. 224).

Sin embargo, consideramos que la cuestión del matrimonio excede el ámbito privado, como bien se ha dicho, la institución matrimonial está destinada a cumplir con los deberes sociales que hacen a la organización de nuestra comunidad.

Preguntándonos si el art. 172 del Código Civil, que requería el pleno y libre consentimiento expresado por hombre y mujer, era inconstitucional por no respetar el principio de igualdad ante la ley discriminando de esta manera a las uniones homosexuales, concluimos que la exigencia legal establecida, no era inconstitucional ya que no discriminaba y en ningún momento prohibía a una persona homosexual contraer matrimonio en base a su orientación sexual, solamente lo consideraba inexistente en caso de realizarse.

El hombre o la mujer, ya sean heterosexuales u homosexuales tienen la misma aptitud nupcial para contraer matrimonio, pero teniendo en cuenta la exigencia que realizaba el art. 172 del Código Civil no lo podían hacer con una persona de su mismo sexo.

Si consideráramos que no permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo es discriminación, entonces deberíamos pensar, con ese criterio, que también lo sería no permitir casarse a varias mujeres con un solo hombre o viceversa.

Como comentábamos anteriormente, los impedimentos o requisitos establecidos para que un matrimonio se ajuste a derecho no discriminan, puesto que sólo están establecidos con el fin de regular el matrimonio estableciendo límites, y en este caso, sólo otorgan la figura del matrimonio a parejas heterosexuales. El matrimonio entre personas de distinto género contribuye a la procreación y a la educación de los hijos con roles diferenciados. Son funciones sociales que distinguen la unión homosexual de la unión heterosexual.

Por todo lo expuesto entendemos que no es vulnerado el principio de igualdad ante la ley ya que no existe discriminación en base a la orientación sexual.

II.5. Adopción:

La adopción por parte de parejas homosexuales es un tema social muy controvertido a nivel mundial ya que este tipo de uniones no pueden procrear entre sí. En nuestro país, la adopción era permitida a personas en forma individual sin importar el sexo u orientación sexual del adoptante y a matrimonios de parejas heterosexuales. A raíz de la sanción de la Ley N° 26.618 que equiparó el matrimonio homosexual con el matrimonio heterosexual, las parejas casadas constituidas por personas del mismo sexo pueden adoptar. El instituto del matrimonio y el instituto de la adopción son temas que están relacionados en nuestro derecho de familia pero responden a finalidades distintas. Los fines del matrimonio fueron explicados en el Capítulo I.3 de este trabajo, y en cuanto a los fines de la adopción corresponde hacer unas consideraciones. Según Bossert – Zannoni *“las finalidades de la adopción se cifra en el concepto de conveniencia del menor...tiene por fin dar progenitores al menor de edad que carece de ellos, o que, aun teniéndolos no le ofrecen la atención, la protección o los cuidados que la menor edad requiere...”*⁶⁶, esta conveniencia está basada en el principio rector del interés superior del niño.

El instituto de la adopción, en la República Argentina, fue incorporado a nuestra legislación a través de la sanción de la Ley N° 13.252 en el año 1948, y sufrió modificaciones mediante las Leyes N° 19.134, 23.264 y 23.515. Finalmente merced a la Ley N° 24.779, se incorpora al Código Civil, como Título IV, de la Sección Segunda del Libro Primero (arts. 311 a 340).

La legislación Argentina prevé dos tipos de adopciones:

Adopción plena: *“confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de origen. El adoptado deja de pertenecer a su familia biológica y se extingue el parentesco con los integrantes de*

⁶⁶ Bossert y Zannoni. Ob. cit. Pág. 481.

*ésta así como todos sus efectos jurídicos, con la sola excepción de que subsisten los impedimentos matrimoniales*⁶⁷.

Adopción Simple: *“confiere al adoptado la posición de hijo biológico, pero no crea vínculo de parentesco entre aquél y la familia biológica del adoptante, sino a los efectos expresamente determinados en el Código Civil*⁶⁸.

En cuanto a los requisitos para ser adoptante, el art. 315 del Código Civil establece *“Podrá ser adoptante toda persona que reúna los requisitos establecidos en este Código cualquiera fuese su estado civil, debiendo acreditar de manera fehaciente e indubitable, residencia permanente en el país por un período mínimo de cinco años anterior a la petición de la guarda...”*. Es decir, puede adoptar una persona soltera, viuda o divorciada; pero si es casada, deberán hacerlo ambos cónyuges conjuntamente según lo determina el art. 320 C. C. Además, el/los adoptantes, deberán demostrar una residencia mínima de cinco años en el país.

El art. 312 dispone *“Nadie puede ser adoptado por más de una persona simultáneamente, salvo que los adoptantes sean cónyuges. Sin embargo, en caso de muerte del adoptante o de ambos cónyuges adoptantes, se podrá otorgar una nueva adopción sobre el mismo menor. El adoptante debe ser por lo menos dieciocho años mayor que el adoptado salvo cuando el cónyuge supérstite adopta al hijo adoptado del premuerto”*.

El art. 315 inc a) dispone que no pueden adoptar *“quienes no hayan cumplido treinta años de edad, salvo los cónyuges que tengan más de tres años de casados. Aún por debajo de ese término, podrán adoptar los cónyuges que acrediten la imposibilidad de tener hijos”*.

Los arts. 15, 16 y 17 de la Ley N° 26.618 produjeron modificaciones al instituto de adopción establecido en el Código Civil (art. 311 al 340). Los arts. 15 y 17 solamente representan meras adaptaciones terminológicas, en cambio, el art. 16 contempla

⁶⁷ Bossert y Zannoni. Ob. cit. Pág. 487.

⁶⁸ Bossert y Zannoni. Ob. cit. Pág. 488.

expresamente la situación que provoca la inclusión de la unión homosexual al derecho de familia y en particular en la adopción. Este artículo sustituyó al art. 326 del Código Civil, el que quedó redactado de la siguiente forma: *“Artículo 326: El hijo adoptivo llevará el primer apellido del adoptante, o su apellido compuesto si éste solicita su agregación. En caso que los adoptantes sean cónyuges de distinto sexo, a pedido de éstos podrá el adoptado llevar el apellido compuesto del padre adoptivo o agregar al primero de éste, el primero de la madre adoptiva. En caso que los cónyuges sean de un mismo sexo, a pedido de éstos podrá el adoptado llevar el apellido compuesto del cónyuge del cual tuviera el primer apellido o agregar al primero de éste, el primero del otro. Si no hubiere acuerdo acerca de qué apellido llevará el adoptado, si ha de ser compuesto, o sobre cómo se integrará, los apellidos se ordenarán alfabéticamente”*.

Ya que el matrimonio de personas del mismo sexo es permitido en nuestro país, la petición para acceder al instituto de adopción por parte de este tipo de uniones así como las de personas heterosexuales, deberá realizarse conjuntamente. Además, como este tipo de uniones están impedidas de tener hijos biológicos entre ellos, el término de tres años de casados y hasta la misma acreditación de esta obvia imposibilidad, no es necesaria. Las parejas heterosexuales deben esperar el término de tres años para poder adoptar un menor, o, en su caso, deberán demostrar o acreditar fehacientemente la imposibilidad de engendrar. Respecto del reformado art. 326 (Apellido del adoptado), las parejas del mismo sexo constituidas por mujeres se ven en mejores condiciones que la mujer de un matrimonio heterosexual, dado que si no hubiere acuerdo entre aquellas en la elección del apellido, se ordenarán alfabéticamente incluyendo ambos, en tanto que la mujer de un matrimonio heterosexual deberá acordar con su marido para que pueda ser incluido también el suyo.

Otra modificación que repercutió en la adopción, es el establecido en el art. 41 de la Ley N° 26.618, que sustituyó al art. 12 de la Ley N° 12.248 (Nombre de las personas) el que

quedó redactado de la siguiente manera: *“Artículo 12: Los hijos adoptivos llevarán el apellido del adoptante, pudiendo a pedido de éste, agregarse el de origen. El adoptado podrá solicitar su adición ante el Registro del Estado Civil desde los DIECIOCHO (18) años. Si mediare reconocimiento posterior de los padres de sangre, se aplicará la misma regla. Cuando los adoptantes fueren cónyuges, regirá lo dispuesto en el artículo 4º. Si se tratare de una mujer casada con un hombre cuyo marido no adoptare al menor, llevará el apellido de soltera de la adoptante, a menos que el cónyuge autorizare expresamente a imponerle su apellido. Si se tratare de una mujer o un hombre casada/o con una persona del mismo sexo cuyo cónyuge no adoptare al menor, llevará el apellido de soltera/o del adoptante, a menos que el cónyuge autorizare expresamente a imponerle su apellido. Cuando la adoptante fuere viuda o viudo, el adoptado llevará su apellido de soltera/o, salvo que existieren causas justificadas para imponerle el de casada/o”*.

Respecto al 4to y 5to párrafo de este artículo donde se establece que *“Si se tratare de una mujer casada con un hombre cuyo marido no adoptare al menor...”* y *“Si se tratare de una mujer o un hombre casada/o con una persona del mismo sexo cuyo cónyuge no adoptare al menor...”*, según Bossert y Zannoni *“era una hipótesis que no resultaba posible a partir de la vigencia de la Ley N° 24.779 sobre el nuevo régimen de adopción”*⁶⁹, ya que según lo establecido en el art. 320 C.C. *“Las personas casadas sólo podrán adoptar si lo hacen conjuntamente, excepto en los siguientes casos: a) Cuando medie sentencia de separación personal; b) Cuando el cónyuge haya sido declarado insano, en cuyo caso deberá oírse al curador y al Ministerio Público de Menores; y c) Cuando se declare judicialmente la ausencia simple, la ausencia con presunción de fallecimiento o la desaparición forzada del otro cónyuge”*.

⁶⁹ Bossert y Zannoni. Ob. cit. Pág. 541.

En síntesis, el art. 12 de la Ley N° 12.248 había sido derogada tácitamente por la Ley N° 24.779 de acuerdo al principio jurídico *lex posterior derogat priorit* (ley posterior deroga a la anterior), al establecer que las personas casadas solo podían adoptar conjuntamente; y ahora basándonos en el mismo principio, fue nuevamente modificado por la Ley N° 26.618, por lo que se origina una interrogante en cuanto el consentimiento que deben prestar los cónyuges.

II.5.1. Interés superior del niño:

En nuestro país el Congreso de la Nación ratificó en el año 1990, a través de la Ley N° 23.849, la Convención sobre los Derechos del Niño y fue incorporada a la Constitución Nacional luego de la reforma del año 1994 (art. 75 inc.22). La Convención sobre los Derechos del Niño *“constituye el marco de la tarea de UNICEF⁷⁰, para que todos los derechos de todos los niños, niñas y adolescentes se conozcan, se respeten y se cumplan”⁷¹*. Se sustenta primordialmente en que *“el niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales incluso la debida protección legal, tanto antes como después de su nacimiento”⁷²*.

“La Convención establece los derechos del niño en 54 artículos y dos Protocolos Facultativos. Define los derechos humanos básicos que disfrutan los niños y niñas en todas partes: el derecho a la supervivencia; al desarrollo pleno; a la protección contra influencias peligrosas, los malos tratos y la explotación; y a la plena participación en la vida familiar, cultural y social. Los cuatro principios fundamentales de la Convención son la no discriminación; la dedicación al interés superior del niño; el derecho a la vida, la

⁷⁰ UNICEF: United Nations Children's Fund, en español Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia.

⁷¹ <http://www.unicef.org/argentina/spanish/about.html> (Consultado el 30 de Mayo de 2011)

⁷² <http://derechosdelniño.com/en-argentina.html> (Consultado el 30 de Mayo de 2011)

*supervivencia y desarrollo; y el respeto por los puntos de vista del niño. Todos los derechos que se definen en la Convención son inherentes a la dignidad humana y el desarrollo armonioso de todos los niños y niñas. La Convención protege los derechos de la niñez al estipular pautas en materia de atención de la salud, la educación y la prestación de servicios jurídicos, civiles y sociales*⁷³.

El interés superior del niño entendido como principio jurídico de la convención, *“apunta a dos finalidades básicas: es una pauta de decisión ante un conflicto de intereses y también constituye un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al niño*⁷⁴.

También podemos definir a este criterio rector como *“instrumento jurídico que tiende a asegurar el bienestar del niño en el plan físico, psíquico y social. Funda una obligación de las instancias y organizaciones públicas o privadas a examinar si este criterio está realizado en el momento en el que una decisión debe ser tomada con respecto a un niño y que representa una garantía para el niño de que su interés a largo plazo será tenido en cuenta. Debe servir de unidad de medida cuando varios intereses entran en convergencia*⁷⁵.

En el año 2005, a nivel nacional, se dictó la Ley N° 26.061 “Ley de Protección integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes”⁷⁶ la cual estipula en su art. 1: *“OBJETO. Esta ley tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los Tratados Internacionales en los que la Nación sea parte. Los derechos aquí reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño...”* y en su art. 3 dispone: *“INTERES*

⁷³ <http://www.unicef.org/spanish/crc/> (Consultado el 30 de Mayo de 2011)

⁷⁴ <http://derechosdelniño.com/en-argentina.html> (Consultado el 30 de Mayo de 2011)

⁷⁵ http://www.childsrights.org/html/documents/wr/2003-3_es.pdf. El interés Superior del Niño, Del Análisis literal al Alcance Filosófico, Jean Zermatten - Informe de trabajo 3-2003. (Consultado el 30 de Mayo de 2011)

⁷⁶ <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/110778/norma.htm> (Consultado el 30 de Mayo de 2011)

SUPERIOR. A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar: a) Su condición de sujeto de derecho; b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia. Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse. Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros”.

De acuerdo con lo que determina el artículo 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el sistema de adopción debe tener como objetivo primordial el interés superior del niño, textualmente consigna “*Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial...*”.

Por un lado se encuentran las parejas de personas del mismo sexo pugnando por ser padres mediante la adopción, y por otro lado, los niños que necesitan de una familia que le brinde protección y todo lo necesario para su desarrollo.

Entonces, teniendo en cuenta el interés superior del niño, y los deseos de los matrimonios homosexuales a acceder al instituto de adopción, podemos observar que se tratan de cuestiones totalmente diferentes.

La adopción es un instituto ideado con el fin de salvaguardar la integridad de un niño, y no un derecho subjetivo de las parejas homosexuales a ser padres.

El derecho a ser padres a través de la adopción no es tal. En el supuesto caso de que nos presentáramos ante la autoridad respectiva para ofrecernos como familia adoptiva e iniciáramos un proceso de adopción, no significa que indefectiblemente al final del proceso nos darán el hijo que deseamos. Como comentábamos al principio de este título, el objetivo de la adopción no es encontrar a los padres un hijo, sino buscar al niño una familia.

En todo caso y ante el supuesto conflicto de derechos, el interés superior del menor, prevalecerá sobre cualquier otro

Entonces teniendo en cuenta este principio, todo niño tiene derecho a recibir una formación integral y tiene derecho a un padre y una madre que puedan brindárselo con roles diferenciados, ya que la diferencia entre hombre y mujer va mucho más allá del órgano reproductor; hay otras diferencias como la psíquicas, corporales y de personalidad que son totalmente relevantes. Lo más óptimo para un niño es una educación integral que solo puede ser lograda de la diferencia existentes entre un padre varón y una madre mujer. Distinto es el caso de las adopciones unipersonales (caso de viudez, soltería o divorcio), ya que si falta un progenitor, el niño padece la carencia del segundo, pero no tiene la confusión de afrontar dos figuras equiparadas, como el caso de padre-padre o madre-madre.

“No hay derecho generalizado a la paternidad; aquí el núcleo es el derecho del niño a gozar del ámbito más propicio, a su relación filial. Tampoco se configura discriminación arbitraria por excluir determinadas parejas como eventuales adoptantes, porque el centro es aquel, no los posibles padres. Puede haber preferencia por algún modelo familiar, como más apropiado para su desarrollo. Aquí deben intervenir psicólogos y sociólogos, no sólo juristas, mucho menos políticos a la caza de votos. De lo contrario, se discrimina al niño mismo. Ya el niño soporta la homosexualidad de un padre biológico como castigo social, a raíz de una

difundida y visceral discriminación; para qué entonces buscar que sufra permitiendo la adopción por una pareja homosexual. Como nuestra sociedad no está preparada, ese sufrimiento será inexorable. La ley puede ejercer una función docente, pero no subvertir tradiciones de un día para el otro. Los niños no deben pagar cualquier precio para el logro de igualaciones entre adultos; cuando se trata de ellos, hay que desplegar suma prudencia y transitar pausado, dando preferencia a sus intereses por encima de la autonomía de voluntad de personas con orientación homosexual.

Para los niños son deseables un padre y una madre. Hay matrimonios heterosexuales desastrosos y dañinos, pero esto no vale como argumento para eliminar otros que no presenten esos desméritos. Podría razonarse que algo bueno es mejor que nada o todo malo. Por ejemplo, sacar a un niño de la calle, orfanato o cualquier situación dolorosa o de riesgo, para entregarlo a alguien que lo quiera y cuide. Pero tal no es válido para decidir sobre una institución tan decisiva como la adopción, y puede lograrse por vías alternativas, menos trascendentales.

Se dice que no hay estudios serios sobre la influencia educativa que parejas homosexuales ejercen sobre niños adoptados, en un sentido o en otro. Mejor dicho, los hay, pero contrapuestos. Pues bien, rotundamente: en la duda, a favor de las criaturas"⁷⁷.

⁷⁷ <http://www.laleyonline.com.ar>-Zavala de González, Matilde, "Casamiento y adopción por homosexuales", Publicado en: Sup. Act. 08/07/2010, 1. (Consultado el 30 de Mayo de 2011)

Capítulo III

Unión homosexual a nivel mundial

III.1. Países que otorgan reconocimiento jurídico al matrimonio homosexual:

Expondremos un resumen de los 10 países que actualmente admiten en sus legislaciones el matrimonio homosexual en todo su territorio⁷⁸. En orden cronológico son: Holanda (Países Bajos) (desde 2001), Bélgica (desde 2003), España (desde 2005), Canadá (desde 2005), Sudáfrica (desde 2006), Noruega (desde 2009), Suecia (2009), Portugal (desde 2010), Islandia (desde 2010) y Argentina (desde 2010).

HOLANDA (Países Bajos)⁷⁹: fue el primer país del mundo en otorgar a parejas homosexuales el derecho a contraer matrimonio con los mismos efectos jurídicos que el establecido para parejas heterosexuales, entre ellos el acceso a las técnicas de fecundación asistida y la posibilidad de adoptar. La ley entro en vigencia el 1 de Enero de 2001. Como requisito, al menos uno de los contrayentes debe tener nacionalidad holandesa o tener 2 años de residencia en el país antes de contraer matrimonio.

BELGICA⁸⁰: La ley que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo entró en vigencia el 30 de Enero de 2003. Se suprimió a lo largo del articulado del Código Civil las denominaciones de marido y mujer, por el término “esposos”. En principio no se reconocía la facultad de adoptar y la ley solo permitía el matrimonio de parejas extranjeras del mismo sexo, solo si en sus países de origen también admitían este tipo de uniones. Luego de una

⁷⁸ Extraído de http://es.wikipedia.org/wiki/Matrimonio_entre_personas_del_mismosexo (13 de Febrero de 2011)
<http://www.lanacion.com.ar/1284856-europa-fue-pionera-en-autorizar-las-uniones-entre-gays> (Consultado el 13 de Febrero de 2011)

http://es.wikipedia.org/wiki/Legislaci%C3%B3n_sobre_la_homosexualidad_en_el_mundo (Consultado el 13 de Febrero de 2011)

⁷⁹ http://es.wikipedia.org/wiki/Matrimonio_entre_personas_del_mismosexo_en_los_Pa%C3%ADses_Bajos (Consultado el 13 de Febrero de 2011)

⁸⁰ http://es.wikipedia.org/wiki/Matrimonio_entre_personas_del_mismosexo_en_Belgica (Consultado el 14 de Febrero de 2011)

reforma legislativa, desde el año 2004 se admite el matrimonio de parejas homosexuales, si por lo menos una de las dos personas ha vivido en el país por un mínimo de tres meses. A partir del año 2006, se permite que las parejas homosexuales adopten niños.

ESPAÑA⁸¹: El 30 de Junio de 2005 se aprobó en la Cámara de Senadores de España la Ley 13 por la cual se modifica el Código Civil y permite el matrimonio entre personas homosexuales. Se sustituyen las palabras marido y mujer por "cónyuges", y padre y madre por "progenitores". Se agrega un párrafo al artículo 44 del Código Civil que dispone: "el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo". Esta ley concede a los matrimonios homosexuales, los mismos derechos que a los matrimonios heterosexuales, incluida la adopción. En las Provincias de Andalucía, Aragón, Asturias, Baleares, Canarias, Cantabria, Cataluña, Extremadura, Madrid, Navarra, País Vasco y Valencia se regula sobre las parejas de hecho heterosexuales y homosexuales a través de registros. Fue presentado un recurso de inconstitucionalidad promovido por la Iglesia Católica y el Partido Popular, el cual se encuentra pendiente de resolver por el Tribunal Constitucional.

CANADÁ⁸²: fue el cuarto país en permitir el matrimonio homosexual en todo su territorio nacional. De las trece provincias que componen el país, en nueve ya regía una ley similar que autorizaba la unión de parejas homosexuales (Ontario, Columbia Británica, Québec, Yukón, Manitoba, Terranova y Labrador, Nueva Escocia, Saskatchewan, y Nuevo Brunswick). Luego de una sentencia del Tribunal Supremo de Canadá del 9 de Diciembre de 2004, donde declaró que el matrimonio de personas del mismo sexo era constitucional y que el gobierno federal era quien tenía jurisdicción exclusiva para reconocer este derecho, el 20 de Julio de 2005 se dictó la ley sobre matrimonio civil, conocida como Ley C-38, otorgando la

⁸¹ http://es.wikipedia.org/wiki/Matrimonio_entre_personas_del_mismosexo_en_Espa%C3%B1a (Consultado el 16 de Febrero de 2011)

⁸² http://es.wikipedia.org/wiki/Matrimonio_entre_personas_del_mismosexo_en_Canad%C3%A1 (Consultado el 16 de Febrero de 2011)

posibilidad de casarse y adoptar a todas las parejas homosexuales del país. Se redefine el matrimonio como “una unión legal entre dos personas”

SUDÁFRICA⁸³: es el quinto país a nivel mundial, y el primero y único en el continente Africano en legalizar el matrimonio entre personas del mismo sexo. Luego de un fallo de la Corte Superior de Sudáfrica que dictaminara que era discriminatorio e inconstitucional excluir a las personas homosexuales de la definición de matrimonio, el Tribunal Constitucional Sudafricano dio un plazo al gobierno para que en el término de 12 meses modificara la ley nacional de matrimonio. Luego de ser aprobada en el parlamento Sudafricano, el 30 de Noviembre de 2006 se promulgo la “Ley de Uniones Civiles” que permite el matrimonio de parejas homosexuales mayores de 18 años, y lo equipara en su totalidad al matrimonio heterosexual al otorgarles los mismos derechos y obligaciones.

NORUEGA⁸⁴: el 1 de Enero de 2009 entró en vigor la ley que autoriza el matrimonio homosexual. Anteriormente en 1993 se había dictado una ley de parejas registradas para personas del mismo sexo que otorgaba las mismas consecuencias legales que el matrimonio de parejas de distinto sexo pero excluía la adopción. Actualmente el matrimonio homosexual y el matrimonio heterosexual se encuentran totalmente equiparados respecto del matrimonio y de la adopción. Las parejas homosexuales también pueden casarse por iglesia luterana noruega.

SUECIA⁸⁵: en 1987 se sancionó la Ley de Cohabitanes heterosexuales y homosexuales para regular y solucionar los conflictos que surgían de la cohabitación extramatrimonial. En 1994 se creó la Ley de Registro de Parejas de Hecho que establece que dos personas del mismo sexo pueden solicitar su registro, otorgándoseles los mismos efectos legales que el matrimonio (obligación alimentaria y derecho sucesorio) excepto en lo

⁸³ http://es.wikipedia.org/wiki/Matrimonio_entre_personas_del_mismosexo_en_Sud%C3%A1frica (Consultado el 16 de Febrero de 2011)

⁸⁴ http://es.wikipedia.org/wiki/Matrimonio_entre_personas_del_mismosexo_en_Noruega (Consultado el 16 de Febrero de 2011)

⁸⁵ http://es.wikipedia.org/wiki/Matrimonio_entre_personas_del_mismosexo_en_Suecia (Consultado el 17 de Febrero de 2011)

que se refiere a la adopción y al acceso a técnicas de fecundación asistida. El 1 de Mayo de 2009 entro en vigor la ley que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, colocando a Suecia en el séptimo lugar de la lista de los países que reconocen el matrimonio homosexual.

PORTUGAL⁸⁶: es el sexto país en Europa y el octavo país en el mundo en regular el matrimonio homosexual (aunque excluye la adopción). La ley que lo autoriza entro en vigor el 5 de Junio de 2010, luego de su publicación en el Boletín Oficial del estado *Diario la república*. En Portugal, desde el año 2001, existía una Ley de Unión Civil que reconocía la cohabitación de parejas del mismo sexo.

ISLANDIA⁸⁷: en el año 1996 se aprobó un Registro de parejas de hecho que reconocía a las parejas homosexuales, los mismos derechos que derivan del instituto del matrimonio exceptuando la adopción. Desde el año 2006 las parejas homosexuales tienen los mismos derechos en materia de adopción, paternidad e inseminación artificial que las parejas heterosexuales. El 11 de Junio de 2010, el Parlamento de Islandia aprobó la ley de matrimonio entre personas del mismo sexo. La nueva ley deroga la regulación de registros instaurada en el año 1996. Las parejas del mismo sexo que deseen casarse por iglesia, pueden hacerlo, ya que la iglesia de Islandia y otras asociaciones religiosas están de acuerdo en bendecir estas uniones.

ARGENTINA⁸⁸: es el primer país de Latinoamérica y el décimo país del mundo que aprueba el matrimonio entre personas del mismo sexo. La ley de matrimonio igualitario fue aprobada el 15 de Julio de 2010. Introduce reformas en el Código Civil Argentino equiparando a las parejas homosexuales con las heterosexuales. En el capítulo siguiente

⁸⁶ http://es.wikipedia.org/wiki/Matrimonio_entre_personas_del_mismosexo_en_Portugal (Consultado el 17 de Febrero de 2011)

⁸⁷ http://es.wikipedia.org/wiki/Matrimonio_entre_personas_del_mismosexo_en_Islandia (Consultado el 17 de Febrero de 2011)

⁸⁸ http://es.wikipedia.org/wiki/Matrimonio_entre_personas_del_mismosexo_en_Argentina (Consultado el 18 de Febrero de 2011)

abordaremos y ampliaremos el tema del matrimonio entre personas del mismo sexo en nuestro país.

Además de estos diez países, en Estados Unidos y en México se reconoce el matrimonio homosexual, sólo en algunos estados o ciudades.

En Estados Unidos de Norte América⁸⁹, actualmente, ninguna ley federal reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo. En el año 1996 se aprobó a nivel federal la Ley para la Defensa del Matrimonio (DOMA, por sus siglas en inglés, *Defense of Marriage Act*) la cual al definir al matrimonio como la unión “de un hombre y una mujer”, prohíbe, por tanto, reconocerles a las uniones homosexuales el status matrimonial. No obstante, muchos de los aspectos de las leyes sobre el matrimonio son determinadas por los estados, no por el Gobierno Federal, y la Ley de Defensa del Matrimonio no impide que los estados definan el matrimonio como mejor entiendan; el matrimonio de parejas homosexuales es reconocido en los estados de Massachussets (desde 2004), Connecticut (desde 2008), Iowa (desde 2009), Vermont (desde 2009), Nuevo Hampshire (desde 2010) y el Distrito de Columbia (Washington D.C. desde 2010). En 2008, la Corte Suprema de California declaró inconstitucional la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo, pero dicho fallo fue revertido cinco meses más tarde por un referéndum llamado Proposición 8 que enmendó la Constitución con el fin de que el matrimonio sólo fuera entre un hombre y una mujer. Además de California, 29 estados han aprobado enmiendas en sus respectivas constituciones, que establecen como definición de matrimonio la unión de un hombre y una mujer, prohibiendo explícitamente el matrimonio contraído entre personas del mismo sexo. Los opositores al matrimonio homosexual han intentado prevenir que los estados reconozcan individualmente tales uniones enmendando la Constitución de los Estados Unidos para definir el matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer.

⁸⁹ http://es.wikipedia.org/wiki/Matrimonio_entre_personas_del_mismosexo_en_los_Estados_Unidos (Consultado 19 de Febrero de 2011)

En México⁹⁰ estaba vigente desde 2006 la Ley de Sociedades de Convivencia que reglamentaba las uniones civiles pero no otorgaba derechos plenos como el matrimonio. En el año 2009 se modificó el art. 146 del Código Civil del Distrito Federal de la ciudad de México, e introdujo un lenguaje genéricamente neutro para definir el concepto de matrimonio, permitiendo de esta manera el matrimonio entre homosexuales. El art. 146 antes de la reforma disponía: *“la unión libre entre un hombre y una mujer”*, y actualmente dispone: *“Matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que estipule el presente código”*. La ley que reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo, en el DF, entró en vigor el 4 Marzo de 2010 y otorga a las parejas homosexuales los mismo derechos que confiere a las parejas heterosexuales incluido la posibilidad de adopción. En este sentido, el Distrito Federal se convirtió en la decimocuarta jurisdicción del mundo en reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Únicamente en 10 de los 198 países reconocidos a nivel mundial, en 6 de los cincuenta estados que componen Estados Unidos de Norte América y en la jurisdicción de México DF, se permite el matrimonio de personas del mismo sexo.

Antes de la Ley N° 26.618 la República Argentina no admitía el matrimonio entre personas del mismo sexo, y los que eran celebrados en países donde si se permitía este tipo de uniones, no tenían validez en el nuestro por transgredir el orden público nacional de nuestro Derecho Internacional Privado.

⁹⁰ [http://es.wikipedia.org/wiki/Matrimonio_entre_personas_del_mismo_sexo_en_el_Distrito_Federal_\(M%C3%A9xico\)](http://es.wikipedia.org/wiki/Matrimonio_entre_personas_del_mismo_sexo_en_el_Distrito_Federal_(M%C3%A9xico))
(Consultado el 21 de Febrero de 2011)

III.2. Países que otorgan reconocimiento jurídico a la unión civil homosexual:

Otros países y ciudades del mundo han creado figuras legales que otorgan derechos a las uniones homosexuales aunque no lo equiparan en su totalidad al matrimonio entre personas de distinto sexo. La finalidad de estas regulaciones es conceder a las parejas homosexuales, derechos en determinadas áreas tales como: continuación en la relación locativa en caso de muerte de uno de los convivientes, seguridad social; régimen de pensiones y jubilaciones; derecho sucesorio; acceso a técnicas de fecundación asistida; adopción; responsabilidad por daños derivados de la muerte del compañero/a.; alimentos; régimen impositivo y patrimonial; etc.

“Uno de los términos usados para denominar a estas figuras legales es la de unión civil, si bien se diferencia del matrimonio, permite el acceso de parejas del mismo sexo a varios derechos de los que gozan las parejas heterosexuales casadas. En algunos países, las uniones civiles también contemplan a las parejas heterosexuales que no desean formalizar su relación a través del matrimonio”⁹¹. Algunos de los países más importantes que legislaron sobre este tipo de uniones son:

DINAMARCA⁹²: En 1989 se creó el Registro de Parejas (*Registered Partnership*) por la cual dos personas del mismo sexo pueden registrar su relación de pareja siéndoles aplicables todo lo previsto en la legislación danesa sobre el matrimonio, con excepción de las reglas de adopción, de guardia y custodia de la tenencia del hijo del otro y tampoco se les permite casarse por iglesia. Desde el año 1999 se les permite adoptar a los hijos del otro miembro de la pareja, pero no en el caso de que esos hijos hayan sido previamente adoptados en un país extranjero.

⁹¹ http://es.wikipedia.org/wiki/Unión_civil (Consultado el 22 de Febrero de 2011)

⁹² http://es.wikipedia.org/wiki/Homosexualidad_en_Dinamarca (Consultado el 22 de Febrero de 2011)

FRANCIA⁹³: En el año 1999, a través de la Ley 99.944, se incorpora en el Libro primero del Código Civil Francés, el Título XII llamado “*Del Pacto Civil de Solidaridad y del Concubinato*” (PACS). El art. 515-1 determina “*Un pacto civil de solidaridad es un contrato celebrado por dos personas físicas mayores, de diferente o de igual sexo, para organizar su vida común*”⁹⁴. Esta normativa regula las uniones de hecho del mismo o distinto sexo y las equipara en algunos derechos con el matrimonio excluyendo la adopción, las técnicas de procreación asistida y los derechos hereditarios. Queda claro que el derecho positivo galo diferencia los efectos del pacto civil de solidaridad y el concubinato, en tanto que el primero es definido como un contrato, el segundo es una situación de hecho; también lo diferencia del matrimonio que considera una institución. Respecto de la capacidad para realizar un pacto de solidaridad se establecen los impedimentos entre ascendiente y descendientes en línea recta, entre afines en línea directa y entre colaterales hasta el tercer grado. Tampoco pueden celebrar un pacto las personas que ya se encuentra casadas o estén previamente comprometidas por un pacto anterior. El contrato establecido entre las partes (PACS) debe presentarse ante la secretaría del juzgado competente, el cual deberá, luego de corroborar que se encuentren cumplidos todos los requisitos, registrar dicha convención. “*Los socios comprometidos por un pacto civil de solidaridad se deben ayuda mutua y material. Las modalidades de esta ayuda son establecidas por el pacto. Los socios responden solidariamente con relación a terceros por las deudas contraídas por uno de ellos para las necesidades de la vida ordinaria y para los gastos relativos a la vivienda común*”⁹⁵. El pacto concluye por declaración conjunta de común acuerdo, por muerte o matrimonio de uno de los socios o por ruptura unilateral.

⁹³ http://es.wikipedia.org/wiki/Homosexualidad_en_Francia (Consultado el 22 de Febrero de 2011)

<http://www.aceprensa.com/articulos/francia-el-pacto-civil-de-solidaridad-reconoce-a-l/> (Consultado el 22 de Febrero de 2011)

⁹⁴ Art. 515-1 Código Civil Francés.

⁹⁵ Art. 515-4 Código Civil Francés.

ALEMANIA⁹⁶: El 1 de Agosto de 2001 entro en vigor la ley de uniones civiles denominada *Lebenspartnerschaftsgesetz* que permite el registro de parejas homosexuales. Esta ley otorga a las uniones de personas del mismo sexo similares derechos que los concedidos a los matrimonios concretados entre personas de distinto sexo (el matrimonio sigue estando reservado solo para parejas heterosexuales). Permite la adopción del hijo del otro miembro de la unión civil. Sin embargo existen claras diferencias con respecto al trato fiscal en materia de impuestos de rentas personales y herencia. Al Igual que el PACS Francés se establecen impedimentos por los cuales no se puede registrar la unión. Los principales deberes establecidos para los integrantes de este tipo de unión son la asistencia recíproca y alimentos, o sea que cada conviviente garantiza con su patrimonio las necesidades del otro.

ANDORRA⁹⁷: En el año 2005 se aprobó la ley de unión civil denominada *Unió Estable de Parella*, por la cual se regula las relaciones de parejas constituidas por personas del mismo sexo. Si bien reconoce muchos derechos a las parejas homosexuales, restringe el instituto del matrimonio solamente para parejas heterosexuales y además no se les permite donar sangre. La homosexualidad había dejado de ser tipificada como delito en todo el territorio del país desde 1790.

REINO UNIDO DE GRAN BRETAÑA⁹⁸: Fue aprobada la ley de "Paternariado Civil" en el año 2005. Otorga a las parejas homosexuales los mismos derechos (incluido el de la adopción) que otorga a las parejas heterosexuales en todo el territorio del Reino Unido. La diferencia entre el paternariado civil y el matrimonio la encontramos únicamente en la denominación, ya que el primero esta establecido para regular las uniones de personas del mismo sexo, y el matrimonio queda restringido para la unión de personas de distinto sexo.

⁹⁶ http://es.wikipedia.org/wiki/Homosexualidad_en_Alemania (Consultado el 23 de Febrero de 2011)

http://www.berlinamateurs.com/index.php?option=com_content&view=article&id=124:union-es-homosexuales-en-alemania&catid=43:dentro&Itemid=59 (Consultado el 23 de Febrero de 2011)

⁹⁷ http://es.wikipedia.org/wiki/Homosexualidad_en_Andorra (Consultado el 23 de Febrero de 2011)

⁹⁸ http://es.wikipedia.org/wiki/Homosexualidad_en_el_Reino_Unido (Consultado el 23 de Febrero de 2011)

Entre los derechos que tienen en común podemos nombrar: deducciones de impuestos, seguro social, pensiones, derechos de herencia, etc.

SUIZA⁹⁹: También ha legislado sobre la unión de personas homosexuales creando un registro de uniones llamada Paternariado Civil. La ley que permite este tipo de uniones entro en vigencia a partir del 1° de Enero de 2007. Reconoce a las parejas del mismo sexo la mayoría de los derechos que otorga a las parejas heterosexuales con el matrimonio. Sin embargo el matrimonio sigue estando reservado para personas de distinto sexo. No pueden adoptar en forma conjunta, aunque se reconocen ciertos derechos y obligaciones respecto de la relación del hijo adoptivo o biológico de uno de los integrantes de la pareja y el otro miembro.

En Latinoamérica, los países que concedieron validez legal, a nivel nacional, a las uniones de parejas homosexuales son:

COLOMBIA¹⁰⁰: En el año 2007, la Corte Constitucional de este país, dictó un fallo por el cual otorga a las parejas de hecho homosexuales los mismos derechos patrimoniales que poseen las parejas heterosexuales. En este sentido, dispone que el patrimonio de una de las partes también pertenece a la otra siempre que hayan convivido como mínimo dos años, además permite que registren su relación como “unión libre”. Otros derechos que otorga este fallo están relacionados con la salud, pensión y herencia. En el año 2009, un nuevo fallo de la Corte Constitucional permite que las parejas homosexuales se encuentren en iguales condiciones que las parejas heterosexuales de hecho.

URUGUAY¹⁰¹: el 27 de Diciembre de 2007, Uruguay promulgó la Ley N° 18.246 (Ley de Unión Concubiniaria que entro en vigencia en el año 2008), convirtiéndose en el segundo

⁹⁹ <http://www.infobae.com/notas/nota.php?Idx=188109&IdxSeccion=100435> (Consultado el 23 de Febrero de 2011)

<http://www.swisslatin.ch/sociedad-0701.htm> (Consultado el 23 de Febrero de 2011)

¹⁰⁰ http://es.wikipedia.org/wiki/Uni%C3%B3n_civil (Consultado el 24 de Febrero de 2011)

http://es.wikipedia.org/wiki/Homosexualidad_en_Colombia (Consultado el 24 de Febrero de 2011)

<http://www.aciprensa.com/noticia.php?n=17325> (Consultado el 24 de Febrero de 2011)

¹⁰¹ http://es.wikipedia.org/wiki/Uni%C3%B3n_civil (Consultado el 25 de Febrero de 2011)

<http://www.lanacion.com.ar/974337-uruguay-legalizo-el-matrimonio-homosexual> (Consultado el 25 de Febrero del 2011)

país de América Latina en reconocer la unión de personas del mismo sexo. Si bien contempla las relaciones concubinarias para parejas del mismo o distinto sexo, fue un gran avance para las parejas homosexuales. Esta ley regula los efectos de las uniones concubinarias de parejas heterosexuales u homosexuales que hayan convivido más de cinco años sin interrupciones. En relación a sus integrantes, otorga similares derechos y obligaciones que el matrimonio, tales como el régimen de sociedades de bienes, el deber de asistencia recíproca, derechos sucesorios, pensiones por fallecimiento, seguridad social, deber de contribuir con los gastos del hogar de acuerdo a la situación económica de cada una de las partes, etc. La ley define a la unión concubinaria como: "*la situación de hecho derivada de la comunidad de vida de dos personas -cualquiera sea su sexo, identidad, orientación u opción sexual- que mantienen una relación afectiva de índole sexual, de carácter exclusiva, singular, estable y permanente sin estar unidas en matrimonio*". Queda excluido el derecho de adoptar a las parejas homosexuales.

ECUADOR¹⁰²: Luego de una reforma constitucional en el año 2008, Ecuador legalizó la unión civil de personas del mismo sexo. Permite que, con el nombre de "unión de hecho", las parejas homosexuales tengan los mismos derechos que las parejas heterosexuales. Sin embargo, explícitamente restringe la posibilidad de contraer matrimonio y adoptar.

Otros países que reconocen las uniones homosexuales pero a nivel regional o local son México, en el estado de Coahuila (desde el año 2007, con la llamada Ley de Pacto Civil de Solidaridad), y Brasil en el estado de Río grande do Sul (desde el año 2005).¹⁰³

En la República Argentina, antes de la sanción de la Ley N° 26.618, las uniones de personas del mismo sexo eran aceptadas en las ciudades de Buenos Aires, Villa Carlos Paz, Río Cuarto y en la Provincia de Río Negro. Las leyes locales que regulan sobre parejas

¹⁰² <http://www.elmercurio.com.ec/261968-primer-matrimonio-gay-en-ecuador.html> (Consultado el 25 de Febrero de 2011)
http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=4592&Itemid=426 (Consultado el 25 de Febrero de 2011)

http://es.wikipedia.org/wiki/Unión_civil (Consultado el 26 de Febrero de 2011)

¹⁰³ http://es.wikipedia.org/wiki/Unión_civil (Consultado el 26 de Febrero de 2011)

homosexuales, les otorgan reconocimiento legal, pero no las consideran matrimonio, ya que únicamente el gobierno nacional o federal tiene atribuciones para legislar sobre esta materia.

A nivel internacional, la mayoría de los países siguen considerando que el instituto del matrimonio se encuentra reservado solo para parejas de distinto sexo. Si bien muchos de ellos equiparan a la unión civil homosexual con el matrimonio, otras sólo les reconocen algunos derechos. La mayoría de las regulaciones no permite adoptar a las parejas homosexuales, y solamente tienen como fin proteger a las parejas convivientes del mismo sexo, por medio de registros. A pesar del gran avance producido en estos últimos años en materia de derechos otorgados a las uniones homosexuales, siguen existiendo países donde la homosexualidad es ilegal. En varios países del continente Africano, la homosexualidad es castigada con prisión y en otros países como Mauritania, Sudán, Yemen, Arabia Saudita, Chechenia, Irán, Afganistán y Pakistán castigan la relación de personas del mismo sexo con la pena de muerte¹⁰⁴.

No todos los países conceden derechos o denominan a las uniones homosexuales de la misma manera, ya que la idiosincrasia y el contexto social, histórico y temporal de cada país, hace que nos encontremos en el derecho comparado con disímiles reconocimientos.

¹⁰⁴ <http://www.eluniversal.com.mx/notas/680612.html> (Consultado el 26 de Febrero de 2011)

Capítulo IV

Situación en la República Argentina antes de la de la Ley N° 26.618

IV.1. Antecedentes en nuestro país:

En nuestro país no podían contraer matrimonio válido dos personas del mismo sexo. No existía un registro nacional de uniones civiles o paternariados que se ocuparan de regular las uniones homosexuales. Sin embargo a nivel local y provincial se crearon normativas que se ocuparon de conceder ciertos derechos a este tipo de uniones. La ciudad de Buenos Aires, Villa Carlos Paz y en la Provincia de Río Negro fueron las únicas que contemplaron las uniones de personas del mismo sexo.

Cabe recordar que de acuerdo a lo establecido en nuestra Constitución Nacional, sólo el gobierno Nacional, a través de la Cámara de Diputados y de Senadores, está facultado para introducir reformas en los códigos de fondo o dictar leyes en materia de matrimonio, por lo cual las provincias o municipios no pueden legislar sobre aspectos del instituto del matrimonio que correspondan exclusivamente al Congreso de la Nación.

IV.1.1. Ciudad Autónoma de Buenos Aires:

“El 12 de Diciembre de 2002, la legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sancionó la Ley N° 1.004 de Unión Civil que entró en vigor en Abril de 2003. Es la primera ciudad de Latinoamérica en contar con esta ley. El proyecto de ley fue elaborado por la entonces presidenta de la Comunidad Homosexual Argentina (CHA), la Jueza Dra. Graciela Medina”¹⁰⁵. “A través de su reglamentación las parejas sin distinción de sexo podrán

¹⁰⁵ <http://www.cha.org.ar/articulo.php?art=137&cat=44> (Consultado el 28 de Febrero de 2011)

*registrarse como tales. De esta manera, a pesar de estar dirigida esta normativa a parejas heterosexuales y homosexuales, es un gran avance ya que es la primera vez que se reconocen derechos a las uniones homosexuales en la Argentina*¹⁰⁶. El art. 1 de la ley define a la Unión Civil como “A)...la unión conformada libremente por dos personas con independencia de su sexo u orientación sexual. B) Que hayan convivido en una relación de afectividad estable y pública por un período mínimo de dos años, salvo que entre los integrantes haya descendencia en común. C) Los integrantes deben tener domicilio legal en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, inscripto con por lo menos dos años de anterioridad a la fecha en la que solicita la inscripción. D) Inscribir la unión en el Registro Público de Uniones Civiles.” El art. 2 crea el Registro Público de Uniones Civiles, y establece entre sus funciones la de inscribir la unión petitionada por ambos integrantes, inscribir, en su caso, la disolución de la unión, y expedir a solicitud de parte, constancias de inscripción. La ley a través de su art. 4 expresamente determina que el reconocimiento de la Unión Civil es solo “...para el ejercicio de los derechos, obligaciones y beneficios que emanan de toda normativa dictada por la Ciudad, los integrantes de la unión civil tendrán un tratamiento similar al de los cónyuges”. De esta manera establece la igualdad de trato entre conyuges de un matrimonio e integrantes de una unión civil. Fija los límites competentes ya que solamente tendrá alcance dentro del ámbito de la ciudad de Buenos Aires. El art. 5 determina los impedimentos por los cuales no se puede constituir una unión civil: A) Los menores de edad. B) Los parientes por consanguinidad ascendiente y descendiente sin limitación y los hermanos o medio hermanos. C) Los parientes por adopción plena, en los mismos casos de los incisos b y e. Los parientes por adopción simple, entre adoptante y adoptado, adoptante y descendiente o cónyuge del adoptado, adoptado y cónyuge del adoptante, hijos adoptivos de una misma persona, entre sí y adoptado e hijo del adoptante.

¹⁰⁶ [http://es.wikipedia.org/wiki/Unión_civil_\(Argentina\)](http://es.wikipedia.org/wiki/Unión_civil_(Argentina)) (Consultado el 28 de Febrero de 2011)

Los impedimentos derivados de la adopción simple subsistirán mientras ésta no sea anulada o revocada. D) Los parientes por afinidad en línea recta en todos los grados. E) Los que se encuentren unidos en matrimonio, mientras subsista. F) Los que constituyeron una unión civil anterior mientras subsista. G) Los declarados incapaces. El art. 6 establece que la unión civil quedará resuelta por: A) Mutuo acuerdo. B) Voluntad unilateral de uno de los miembros de la unión civil. C) Matrimonio posterior de uno de los miembros de la unión civil. D) Muerte de uno de los integrantes de la unión civil. En palabras del Director General del Registro civil porteño, Sr. Félix Pelliza *“la unión civil no es lo mismo que el casamiento, ni tiene los mismos alcances legales. El matrimonio está regido por el Código Civil (una ley nacional), y sólo puede establecerse entre un hombre y una mujer. La nueva figura legal sólo regirá en la Ciudad para todas las parejas con independencia de su sexo u orientación sexual”*¹⁰⁷. Esta ley otorga a las uniones civiles ciertos beneficios como, compartir la cobertura de la obra social de la pareja, solicitar créditos bancarios en conjunto, obtener licencia laboral en caso de enfermedad o maternidad del otro integrante o, en caso de que uno de ellos sea internado en un hospital, su pareja podrá quedarse y realizar trámites como pariente directo, etc.

*“A diferencia del matrimonio, los integrantes de una unión civil no pueden adoptar, ni heredarse mutuamente o acceder a una pensión en caso de muerte del compañero”*¹⁰⁸.

IV.1.2. Provincia de Río Negro:

Siguiendo los lineamientos de la Unión Civil de la Ciudad de Buenos Aires, la Legislatura de la provincia de Río Negro aprobó el 18 de Diciembre 2002 la “Ley de parejas del mismo sexo”, que reconoce a los convivientes homosexuales los mismos derechos que

¹⁰⁷ <http://www.convencion.org.uy/menu4-505.htm> (Consultado el 28 de Febrero de 2011)

<http://www.cha.org.ar/html/artunioncivilbsas/clarin/030520.htm> (Consultado el 28 de Febrero de 2011)

¹⁰⁸ [http://es.wikipedia.org/wiki/Uni%C3%B3n_civil_\(Argentina\)](http://es.wikipedia.org/wiki/Uni%C3%B3n_civil_(Argentina)) (Consultado el 28 de Febrero de 2011)

la provincia garantiza a las uniones de hecho heterosexuales. Esta normativa establece que "las parejas del mismo sexo podrán efectuar ante el Juzgado de Paz de su localidad una declaración jurada que certifique su condición de convivientes". *"Los requisitos para formalizar el reconocimiento son: ser mayores de 18 años y el deber de presentar dos testigos que declaren que la pareja ha convivido como mínimo dos años"*¹⁰⁹. *"Las parejas quedarán habilitadas para el acceso a planes oficiales de vivienda, tendrán beneficios recíprocos en la obra social estatal, licencias por atención de familiar para los empleados públicos y el ingreso a hospitales si la pareja está internada. A las parejas homosexuales no se les reconoce la posibilidad de contraer matrimonio ni adoptar niños"*¹¹⁰.

IV.1.3. **Ciudad de Villa Carlos Paz:**

El 23 de Noviembre de 2007, la Convención Constituyente de la Ciudad de Villa Carlos Paz, Provincia de Córdoba, aprobó la incorporación, a la Carta Orgánica Municipal, del art. 55¹¹¹ de "Unión Civil". Esta normativa regula las uniones de hecho ya sea de parejas heterosexuales como homosexuales. Les otorga reconocimiento al entregarles un Certificado de Convivencia expedido por un registro Municipalidad de la ciudad. El único requisito establecido para las partes interesadas es que deberán tener una residencia permanente en la ciudad de por lo menos cinco años anteriores a la petición. El autor del proyecto, el constituyente radical Alberto del Cura, señaló que *"se legaliza la unión civil entre personas de igual y distinto sexo, no como casamiento, sino como sociedad civil con sus obligaciones*

¹⁰⁹ http://www.sigla.org.ar/index.php?option=com_content&view=article&catid=42:espejo-20&id=89:union-civil-del-mismo-sexo-en-el-mundo-y-argentina&Itemid=104 (Consultado el 28 de Febrero de 2011)

¹¹⁰ http://archivo.lavoz.com.ar/nota.asp?nota_id=514446 (Consultado el 28 de Febrero de 2011)

¹¹¹ Carta Orgánica Municipal de la Ciudad de Villa Carlos Paz. Artículo 55: *"El municipio reconoce la Unión Civil entre personas de igual o distinto sexo que acrediten residencia en la Ciudad no menor a cinco (5) años, organizándose a tal efecto un Registro que certifique el hecho, reglamentándose con ordenanza que se dicte a tal efecto"*.

y derechos¹¹²; a tal efecto las parejas se van a ver favorecidas en determinadas cuestiones como: obtener acceso como familiar para visitar a sus parejas que se encuentren internados en terapia intensiva, solicitar en conjunto créditos al Estado para la compra de una vivienda, declarar en conjunto una propiedad como bien de familia, acceder en conjunto a los planes de vivienda estatales, solicitar el reconocimiento para ser beneficiarios de seguros, etc. El proyecto de Unión Civil aprobado en Villa Carlos Paz guarda una estrecha similitud con la normativa sancionada en la ciudad autónoma de Buenos Aires.

IV.1.4. **Ciudad de Río Cuarto:**

“El Consejo Deliberante de la ciudad de Río Cuarto, aprobó el 7 de Mayo de 2009, la ordenanza 279/09 que permite la unión civil de personas del mismo o de distinto sexo. Los individuos que deseen encuadrarse en esta normativa deberán ser mayores de edad, tener domicilio legal establecido en la ciudad de por lo menos un año, convivir en una relación de afectividad estable y pública con una antigüedad de no menos de un año (deberá acreditar la relación con un mínimo de dos testigos que no sean parientes de los solicitantes) o tener descendencia en común”¹¹³. El consentimiento de la pareja deberá ser expresado ante el Oficial Público a cargo de Registro Público de Uniones Civiles. Las personas que no pueden constituir una unión civil son: a) Los menores de edad. b) Los parientes hasta cuarto grado de consanguinidad en la línea descendente, ascendente o colateral. c) Los parientes por adopción plena, en los mismos casos de los incisos b y e. Los parientes por adopción simple, entre adoptante y adoptado, adoptante y descendiente o cónyuge del adoptado, adoptado y cónyuge del adoptante, hijos adoptivos de una misma persona, entre sí y adoptado e hijo del

¹¹² http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=965015 (Consultado el 01 de Marzo de 2011)

http://www.perfil.com/contenidos/2007/11/23/noticia_0063.html (Consultado el 01 de Marzo de 2011)

¹¹³ [http://es.wikipedia.org/wiki/Unión_civil_\(Argentina\)](http://es.wikipedia.org/wiki/Unión_civil_(Argentina)) (Consultado el 01 de Marzo de 2011)

adoptante. Los impedimentos derivados de la adopción simple subsistirán mientras ésta no sea anulada o revocada. d) Los parientes por afinidad en línea recta en todos los grados. e) Los que se encuentren unidos en matrimonio, mientras subsista. f) Los que constituyeron una unión civil anterior mientras subsista. g) Los declarados dementes por sentencia judicial firme. *“La ordenanza 279/09 dispone que las personas que conforman una unión civil tendrán los mismos derechos, obligaciones y beneficios que la legislación de la ciudad otorga a los unidos en matrimonio, obviamente se exceptúa los derechos referidos a la adopción y los sucesorios ya que es una materia en la que les esta prohibido legislar a las municipalidades”*¹¹⁴.

*“La unión civil es uno de los términos utilizados para un estado civil similar al matrimonio, creado para permitir el acceso de las parejas homosexuales a las ventajas gozadas por las parejas heterosexuales casadas. En algunos casos, estas uniones civiles están también disponibles para las parejas heterosexuales que no desean formalizar su relación en un matrimonio. A las personas beneficiadas con este tipo de uniones se les otorga varios de los derechos establecidos para las personas que se unen en matrimonio, pero generalmente se excluye la adopción”*¹¹⁵.

La corriente que está a favor del matrimonio homosexual, considera que estas leyes de unión civil representan una clara discriminación en contra de las parejas homosexuales, manifestando que se trataría de una especie de apartheid.

En este sentido, los grupos en contra del matrimonio entre personas del mismo sexo declaran que atento que las parejas homosexuales son distintas a las parejas heterosexuales, correspondería un instituto distinto que regule estas uniones.

¹¹⁴ http://www.concejoriocuarto.gov.ar/ver_notas_id.php?id=000129 (Consultado el 01 de Marzo de 2011)

<http://archivo.lavoz.com.ar/09/05/07/Rio-Cuarto-aprueban-union-civil-parejas-gays.html> (Consultado el 01 de Marzo de 2011)

¹¹⁵ http://es.wikipedia.org/wiki/Unión_civil (Consultado el 01 de Marzo de 2011)

IV.2. Otros proyectos de ley a nivel nacional:

Antes de la sanción de la Ley N° 26.618, fueron presentados varios proyectos de ley en la Cámara de Diputados y en la Cámara de Senadores de la Nación, con el objeto de regular las uniones conformadas por personas del mismo sexo, mayores de edad, que hayan convivido en una relación de afectividad estable y pública ya sea a través de una "unión civil", o de una equiparación al instituto del matrimonio tradicional heterosexual mediante la modificación del Código Civil.

"El 11 de Diciembre de 1998 la Diputada Laura Musa presentó un proyecto de "Parteneriato" en la Cámara de Diputados de la Nación que no fue tratado y al perder estado parlamentario fue reiterado por la diputada Margarita Stolbizer el 23 de Marzo de 2000, con nuevas presentaciones en los años 2002 y 2004 por la diputada Laura Musa"¹¹⁶. La ley se llamaba "Parteneriato, Uniones para Personas del Mismo Sexo" y pretendía conceder a las uniones homosexuales ciertos beneficios que solo eran reconocidos a una pareja casada, como obtener pensión por fallecimiento de uno de los miembros de la unión civil, compartir la obra social de manera conjunta, heredar en caso del fallecimiento del otro miembro, otorgar beneficios de pensión, etc. El espíritu de este proyecto era reconocerles derechos a las uniones homosexuales ya que no se encontraban reglamentadas de modo alguno en nuestra legislación.

"En 2005 la Comunidad Homosexual Argentina (CHA) presentó el proyecto de Unión Civil que incorpora derechos como obra social compartida, beneficios provisionales, herencia, patria potestad compartida, pensiones en caso de fallecimiento del compañero/a,

¹¹⁶ http://www.sigla.org.ar/index.php?option=com_content&view=article&catid=43:espejo21&id=96:union-civil&Itemid=104
(Consultado el 02 de Marzo de 2011)
<http://fudis.blogspot.com/2010/07/se-aprobo-el-matrimonio-igualitario-en.html> (Consultado el 02 de Marzo de 2011)

*etc., para todas las parejas de distintos y del mismo sexo, como un régimen diferente al matrimonio. Este proyecto perdió estado parlamentario al siguiente año*¹¹⁷.

Los primeros proyectos de Matrimonio entre personas del mismo sexo fueron presentados en la Cámara de Diputados en Marzo y Abril del 2007 por las Diputadas Mirta Pérez y María del Carmen Rico respectivamente. *“Luego en Mayo de ese mismo año, el diputado nacional Eduardo Di Pollina con el apoyo de la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans (FALGBT) presentó también en la Cámara de Diputados de la Nación un proyecto de ley de matrimonio entre personas del mismo sexo, promoviendo modificaciones en el Código Civil, específicamente en los Arts. 172 y 188*¹¹⁸.

*“El 16 Octubre de 2007, la senadora nacional por la Ciudad de Buenos Aires Vilma Ibarra, también con el respaldo de la FALGBT, presentó en el Senado de la Nación un proyecto de ley similar al de Di Pollina, que llevó el debate a la Cámara Alta*¹¹⁹

Básicamente estos proyectos plantean la modificación del art. 172 del Código Civil, y de esta manera permitir que dos personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio válido. Tienen como fin permitir a los miembros de las uniones de hecho homosexuales a contraer matrimonio, y consecuentemente concederles todos los derechos y obligaciones, incluida la adopción.

Los principales argumentos de estos proyectos son que la homosexualidad es una manifestación perfectamente natural y legítima de la diversidad humana y además considerando que en virtud de lo establecido en el artículo 16 de nuestra Constitución Nacional que considera que todos los habitantes son iguales ante la Ley, se configuraría una supuesta discriminación en contra de las parejas homosexuales. Estos proyectos suprimen

¹¹⁷ <http://www.cha.org.ar/articulo.php?art=378&cat=54> (Consultado el 02 de Marzo de 2011)

¹¹⁸ <http://parlamentario.com/noticia-8321.html> (Consultado el 02 de Marzo de 2011)

¹¹⁹ http://es.wikipedia.org/wiki/Matrimonio_entre_personas_del_mismosexo_en_Argentina (Consultado el 02 de Marzo de 2011)

todas las referencias de hombre y mujer a lo largo de sus articulados por el término, “contrayentes” o “cónyuges” y aclaran que el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de cuál sea el sexo de las personas que lo contraen. En el proyecto presentado por la Senadora Vilma Ibarra se crea una cláusula complementaria que establece: “Todas las referencias a la institución del matrimonio que contiene nuestro ordenamiento jurídico se entenderán aplicables tanto al matrimonio constituido por dos personas del mismo sexo como al constituido por dos personas de distinto sexo.” Este proyecto de ley fue el que finalmente quedó aprobado y se promulgó con el número 26.618 (Matrimonio Igualitario).

IV.3. Jurisprudencia Argentina:

Existen numerosos fallos que han fijado jurisprudencia en nuestro país en contra del matrimonio homosexual; uno de los más trascendentes se dictó en los autos caratulados “R., M. de la C. y otro c/ Registro Nacional de estado y capacidad de las Personas s/ medidas precautorias”. En este caso, la parte actora solicitaba que se declarase la inconstitucionalidad del acto administrativo emanado de la Sra. Jefe de Departamento de la Circunscripción Primera del Registro Nacional del Estado Civil y Capacidad de las Personas, en virtud del cual se les había negado la concesión de un turno a los efectos de contraer matrimonio. Sostenían que esa decisión violentaba en forma flagrante la Constitución Nacional como también los tratados incorporados en ella. El 22 de Junio de 2006, el Juzgado Nacional Civil N° 88 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a cargo de la Dra. María O. Bacigalupo, resolvió no hacer lugar al amparo presentado, manifestando que “...*el art. 172 del Cód. Civil no violenta el orden constitucional, lo que torna válido el acto administrativo atacado, por no ser ni arbitrario ni ilegal, pues no se apartó de la ley vigente y el órgano que*

lo emitió actuó dentro de la esfera de su competencia.... La no autorización del matrimonio entre personas del mismo sexo tiene su fundamento en la ley positiva y en la naturaleza misma de la institución, dado que no sólo la literalidad del art. 172 del Cód. Civil, sino también su espíritu sostienen este principio.... No existe antijuridicidad en impedir el acceso al matrimonio a quienes por su naturaleza no pueden cumplir con sus fines, pues tal institución está legislada para personas de distinto sexo que engendran y educan a sus hijos para lograr la continuidad de la humanidad y esta diferencia tiene como justificación objetiva y razonable que el Estado privilegia las uniones que dan base a la familia, que a su vez dan base a la sociedad argentina...”.

El día 26 de Septiembre de 2007, este fallo fue confirmado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala “F”, integrada por los Dres. Fernando Posse Saguier, José Luis Galmarini y Eduardo A. Zannoni, coincidiendo con los argumentos esgrimidos por la jueza de primera instancia.

Entre los principales argumentos podemos citar: *“una norma es inconstitucional si la desigualdad que introduce carece de una justificación objetiva y razonable, basada en un interés constitucionalmente relevante, proporcionada respecto de su finalidad. La norma que establece que el matrimonio debe celebrarse entre personas de distinto sexo tiene una justificación absolutamente objetiva y razonable, que consiste en el interés del Estado en privilegiar las uniones que tienden a continuar la especie, sirven para la procreación y dan base a la familia, por lo tanto, el distinto tratamiento es proporcionado con respecto a su finalidad”¹²⁰.*

Contra este pronunciamiento, la parte actora interpuso recurso extraordinario que al ser rechazado dio lugar al recurso de queja. Con posterioridad a la deducción, el Poder

¹²⁰ Graciela Medina, "Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio"; Editorial Rubinzal – Culzoni; primera edición; Santa Fe (Argentina); Año 2001; Pág. 218.

Legislativo Nacional dictó la Ley N° 26.618 que modificó el régimen del matrimonio establecido en el Código Civil, eliminando el requisito de heterosexualidad en los contrayentes. En virtud de esa circunstancia, la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró *“En atención a que los fallos de la Corte Suprema deben atender a las circunstancias existentes al momento de la decisión aunque aquéllas sean sobrevinientes a la interposición del recurso federal resulta inoficioso un pronunciamiento del Tribunal sobre la cuestión federal planteada, ante el dictado de la Ley N° 26.618 (doctrina de Fallos: 331:1869; 330:1291; 329:1487, entre otros). Por ello, habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, se declara abstracta la cuestión planteada en la presente causa. Notifíquese y, previa devolución de los autos principales, archívese la queja. —Ricardo Luis Lorenzetti. —Elena I. Highton de Nolasco. —Carlos S. Fayt. —Enrique Santiago Petracchi. —Juan Carlos Maqueda. —E. Raúl Zaffaroni. —Carmen M. Argibay.”*

En casos similares, como en los autos “María de la Cruz Rachid y otro c. Registro Nacional de Estado Civil y Capacidad de las Personas” y “V., A. J. y otro c. Registro Nacional de Estado y Capacidad de las Personas” la Corte Suprema de Justicia de la Nación también ha declarado abstractas las cuestiones planteadas atento a lo manifestado anteriormente.

IV.4. **Derecho comparado:**

El 24 de Junio del 2010 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) resolvió en el caso “S. y K. v. Austria” que el Estado que impedía el matrimonio entre dos personas del mismo sexo no viola ningún precepto reconocido por la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales¹²¹ (CEDH). El fallo

¹²¹ La Convención Europea de Derechos Humanos fue adoptada por el Consejo de Europa en 1950 y entró en vigor en 1953. El nombre oficial de la Convención es Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Tiene por objeto proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales, y permite un control judicial

que comentaremos resulta trascendente por varios motivos. Uno de ellos es el relativo a la jerarquía del órgano que lo dicta, ya que es indiscutible que es uno de los tribunales más importantes y experimentados en materia de derechos humano¹²². Por otro lado, el planteo de la parte actora sobre que la negativa de reconocer el matrimonio entre personas de igual sexo importaría una violación de derechos humanos internacionalmente reconocidos, es un argumento que se repite en la mayoría de las causas suscitadas en nuestra justicia nacional, por lo que el fallo de esa corte es substancialmente significativo para la comunidad jurídica Argentina. Cabe agregar que los pactos de derechos humanos en los que Austria (Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales) y Argentina (Convención Americana de Derechos Humanos llamado Pacto de San José de Costa Rica, la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención sobre Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer) están adheridos guardan semejanza. Asimismo corresponde agregar que esta sentencia introdujo novedosas interpretaciones de las normas internacionales y valiosos argumentos sobre el reconocimiento de derechos a las uniones de parejas homosexuales.

El caso quedó planteado cuando los señores Horst Michael Schalk y Johan Franz Kopf, dos ciudadanos austríacos que conforman una pareja homosexual, se presentaron ante el Registro Civil de la Municipalidad de Viena e iniciaron los trámites para contraer matrimonio. La Oficina Municipal de Viena, negó el derecho de los peticionantes señalando que según lo

del respeto de dichos derechos individuales. Hace referencia a la Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

¹²² El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (también denominado Tribunal de Estrasburgo y Corte Europea de Derechos Humanos) es la máxima autoridad judicial para la garantía de los derechos humanos y libertades fundamentales en toda Europa. Se trata de un tribunal internacional ante el que cualquier persona que considere haber sido víctima de una violación de sus derechos reconocidos por el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales o cualquiera de sus Protocolos adicionales, mientras se encontraba legalmente bajo la jurisdicción de un Estado miembro del Consejo de Europa, y que haya agotado sin éxito los recursos judiciales disponibles en ese Estado, puede presentar una denuncia contra dicho Estado por violación del Convenio. Este Convenio es un tratado por el que los 47 Estados miembros del Consejo de Europa (todos los Estados europeos salvo Bielorrusia) han acordado comprometerse a proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales, tipificarlos, establecer el Tribunal y someterse a su jurisdicción, es decir, acatar y ejecutar sus sentencias.

dispuesto en el art. 44 del Código Civil Austriaco¹²³, el matrimonio sólo podía ser celebrado por personas de distinto sexo.

La pareja interpuso un recurso frente al gobernador regional de Viena, que fue rechazado, confirmando la decisión legal de la Oficina Municipal. En su queja ante la Corte Constitucional, los demandantes alegaron que la imposibilidad jurídica de contraer matrimonio violaba sus derechos al respeto de la vida privada y familiar y al principio de la no discriminación.

El Tribunal Constitucional Austríaco desestimó la denuncia de la pareja homosexual, señalando que de acuerdo a lo estipulado en el art. 12 de la CEDH¹²⁴, el matrimonio está reservado a personas de distinto género. Además agregaron que el principio de igualdad establecido tanto en la Constitución Federal Austríaca como en la Convención Europea de Derechos Humanos no permite extender el concepto de matrimonio establecidos para uniones de “hombres y mujeres” a relaciones de naturaleza distinta. Por otra parte, pusieron de relieve que el hecho de que las relaciones de personas del mismo sexo estén protegidas por el derecho a la privacidad no permite a los jueces cambiar la Ley de Matrimonio, tarea reservada a los Legisladores. Luego de esta decisión, y al haber agotado los recursos internos, los demandantes se presentaron ante la Corte de Derechos Humanos de Europa argumentando la violación de su derecho a casarse (art. 12 CEDH), además de los derechos a no ser discriminado y a formar una familia (art. 14 junto con el art. 8 de la CEDH).^{125 126}

¹²³ Art. 44 Código Civil Austriaco: “El contrato de matrimonio constituirá la base para las relaciones familiares. En virtud del contrato de matrimonio dos personas de sexo opuesto declaran su intención lícita de vivir juntos en matrimonio indisoluble, engendrar y criar a sus hijos y brindarse apoyo mutuamente”.

¹²⁴ Art. 12: (Derecho a contraer matrimonio): “A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho”

¹²⁵ Art. 14 (Prohibición de discriminación): “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

¹²⁶ Art. 8 (Derecho al respeto de la vida privada y familiar): “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, salvo cuando esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de terceros”.

Pasando a considerar lo resuelto por la Corte¹²⁷, el 24 de Junio de 2010 el tribunal resuelve que el derecho a contraer matrimonio previsto en el artículo 12 de la Convención Europea de Derechos Humanos es el “derecho a contraer matrimonio entre un hombre y una mujer”. Llega a esta conclusión luego de realizar una interpretación integral, histórica y sociológica de la norma.

Desde el punto de vista integral observa que, aisladamente, podría interpretarse que el artículo 12 no excluye el matrimonio entre dos hombres o dos mujeres. Sin embargo, advierte que en una interpretación integradora de toda la Convención, ello no puede admitirse, ya que es el único artículo que habla del derecho de “hombre y mujer”. Por el contrario, todos los otros artículos sustantivos de la Convención conceden los derechos y libertades a "todos" o afirman que "nadie" puede ser sometido a ciertos tipos de tratamiento prohibido. Por lo tanto, la Corte señala que la elección de la redacción en el artículo 12 debe considerarse deliberada.

Con respecto a la interpretación histórica, el Tribunal tiene en cuenta el contexto histórico en que se adoptó la Convención. En tal sentido recuerda que en la década de 1950 el matrimonio era entendido claramente en el sentido tradicional de unión entre personas de sexo diferente.

Desde un punto de vista sociológico, la Corte afirma que la Convención debe ser interpretada al momento de su vigencia. En tal orden de ideas, el Tribunal acepta que la institución del matrimonio ha sufrido grandes cambios sociales desde la aprobación de la Convención. Pero la Corte observa que no existe ningún consenso europeo sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo que permita concluir que el concepto del matrimonio ha variado. En tal sentido, pone de relieve que sólo seis de cuarenta y siete Estados de la Convención permiten el matrimonio entre contrayentes del mismo sexo. (En la

¹²⁷ Fallo Comentado. Título: El Tribunal Europeo de Derechos Humanos resuelve que no es contrario a los Derechos Humanos impedir la celebración del matrimonio homosexual. Publicado en: LA LEY 12/07/2010, 9. Autor: Medina, Graciela.

actualidad son siete, al haber admitido Islandia el matrimonio homosexual). Esta diversidad legislativa convence a la Corte de que ***si bien el concepto de familia ha evolucionado, no hay un consenso sociológico en cuanto a que el concepto de matrimonio haya variado***. En este orden, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos manifiesta que la Convención debe ser interpretada a la luz de las condiciones actuales al tiempo del dictado de la sentencia, y en las condiciones existentes al tiempo de dictarla no se puede considerar que exista violación al artículo 12 por impedir a las personas de igual sexo contraer matrimonio.

Respecto de si la imposibilidad de casarse entre ellos violaba discriminatoriamente su derecho a su vida privada y familiar vulnerando de esa manera lo dispuesto por el artículo 8 en relación con el artículo 14 de la Convención de Derechos Humanos de Europa, la Corte aclaró que el derecho a formar una familia es independiente del matrimonio, y que tanto la familia como la vida familiar se pueden desarrollar fuera del ámbito matrimonial y que el impedimento a contraer matrimonio en sí no vulnera el derecho a formar una familia. De esta manera la Corte evoluciona en su concepto de familia, y acepta que las relaciones estables de dos personas de igual género conforman una familia y deben ser incluidas en el "derecho a una vida familiar". Este es el primer caso que la Corte de Estrasburgo admite abiertamente que la relación de pareja homosexual constituye una familia. En vista de esta evolución, la Corte considera artificial que las parejas de igual sexo no puedan gozar de "vida familiar" a los fines del artículo 8. En consecuencia, El Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo acepta que las relaciones de personas del mismo sexo que viven en una asociación de facto estable, entran dentro de la noción de "vida familiar", al igual que lo estaría la relación de una pareja de sexo diferente en la misma situación.

Luego de aceptar la "vida familiar homosexual", el Tribunal analizó si se viola el derecho a la no discriminación al impedirles a sus miembros contraer matrimonio. En este

sentido rechaza la argumentación de los demandantes relativa a que si no se les permite casarse conforme al artículo 12 de la Convención, se viola su derecho a la vida familiar.

El Tribunal reitera que la Convención debe ser leída como un todo y sus artículos, por lo tanto, deben interpretarse en armonía con los otros. Teniendo en cuenta ello, concluye que el artículo 12 no impone a los Estados parte la obligación de conceder acceso al matrimonio a las parejas de personas del mismo sexo. Resulta inaceptable sostener que se discrimina a las parejas del mismo sexo en su derecho al goce de la vida familiar si se les impide casarse.

En cuanto a la segunda parte de la denuncia de los demandantes, a saber, la falta de un reconocimiento jurídico alternativo, la Corte observa que en el momento en que los solicitantes presentaron su solicitud no tuvieron ninguna posibilidad de que su relación fuera reconocida por la legislación austríaca. Pero esa situación varió en Austria el 1° de Enero de 2010, cuando entró en vigor la Ley de Asociaciones Registradas. Habida cuenta de que en la actualidad está abierta la posibilidad de entrar en una asociación registrada, la Corte considera abstracto juzgar si la falta de cualquier medio de reconocimiento legal de parejas del mismo sexo constituiría una violación del artículo 14, tomado en conjunción con el artículo 8.

En conclusión, según lo resuelto por la corte de Derechos Humanos de Europa, el impedimento de contraer matrimonio por parte de personas del mismo sexo, no vulnera ningún derecho humano reconocido en los Tratados Internacionales¹²⁸.

En contraposición a este fallo podemos citar el resuelto por la Corte Constitucional de Sudáfrica. En la sentencia "Fourie and another", del 30/11/2004, la Corte Sudafricana consideró que la ley de matrimonio del país ("Marriage Act") y la definición de common law

¹²⁸ En el mismo sentido falló la Corte Constitucional Italiana - Sentencia N° 138, 15 de abril de 2010. Me dina, Graciela "La Corte italiana declara la constitucionalidad de las normas que impiden el casamiento a las personas del mismo sexo" publicado en Revista de Personas Familia y Sucesiones, LA LEY, julio de 2010.

de matrimonio resultaban contrarias a su ordenamiento constitucional. En diferentes párrafos de la sentencia, la Corte Constitucional revisó la histórica discriminación que sufren gays y lesbianas, los daños y efectos que acarrea, el impacto del simbolismo social construido a partir de su exclusión del régimen del matrimonio, y todos y cada uno de los argumentos que usualmente se ofrecen para justificar esta situación. Luego de esta detenida ponderación, la Corte Constitucional concluyó que no existe razón alguna válida para excluir a las personas homosexuales del régimen matrimonial. A su vez, el robusto estándar en materia de igualdad y no discriminación que la Corte Constitucional utiliza, obligó a incorporar a las parejas no heterosexuales al régimen matrimonial y a no crear regímenes segregados para garantizar el goce de derechos, además agregó que la única forma de incorporar a estas parejas a la comunidad de iguales que la Constitución afirma es mediante un status público y privado igual al de las parejas heterosexuales¹²⁹.

Por lo expuesto observamos que existen disímiles opiniones en el derecho comparado sobre el matrimonio homosexual. Estas diferencias pueden deberse al tipo de idiosincrasia que cada comunidad posee. Ciertos países a través de sentencias de sus más Altos Tribunales o mediante la sanción de leyes redefinen la institución del matrimonio, modificando su concepto y fines. Otras, en cambio, otorgan cierto reconocimiento a este tipo de uniones pero sin equipararla al matrimonio.

Los mismo argumentos que fueron planteados ante la Corte Sudafricana fueron planteados en la justicia Argentina, con la diferencia de que ellos obtuvieron fallos a favor del matrimonio entre personas del mismo sexo, pero en cambio en nuestro país (independientemente que la doctrina mayoritaria no consideraba a la unión homosexual como matrimonio) no tuvimos la oportunidad de conocer la opinión de la Corte Suprema de

¹²⁹ “El Matrimonio entre personas del mismo sexo en la reciente sentencia del TEDH”, por las Dras. Eleonora Lamm y Romina Ronda. Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia, febrero de 2011 -2011-I, Abeledo Perrot Pág. 210. cita N°8.

Justicia de la Nación ya que, sancionada la Ley de Matrimonio Igualitario, el tema en discusión se volvió abstracto.

Capítulo V

ANÁLISIS DE LA LEY 26.618

En la República Argentina, el 28 de Diciembre de 2009, se llevó a cabo el primer matrimonio entre personas del mismo sexo (jurisdicción de la Provincia de Tierra del Fuego), convirtiéndose de esta manera en el primer país de Latinoamérica en registrar este tipo de uniones sin tener normativa nacional específica.

Así, el 15 de Julio de 2010 finalmente se sancionó en la República Argentina la ley N° 26.618 por la cual se modifican articulados del Código Civil y permite el matrimonio entre personas del mismo sexo. La ley fue llamada “Ley de Matrimonio Igualitario”, y convirtió a nuestro país en el décimo del mundo y en el primero de Sudamérica en reconocer el matrimonio homosexual en todo su territorio. Otorga a las parejas homosexuales los mismos derechos, deberes, efectos y obligaciones que a las parejas heterosexuales, incluida la adopción. La ley fue promulgada el 21 de Julio de 2010 con el decreto 1054/2010 y contiene 43 artículos.

V.1. Posiciones en la Cámara de Senadores en cuanto a su debate:

Después de 14 horas de debate y con encendidas discusiones, el Senado aprobó el proyecto de ley que permite a las parejas del mismo sexo puedan casarse en igualdad de condiciones que las parejas heterosexuales. Recordemos que, la comisión de Legislación General de la Cámara de Senadores de la Nación había emitido tres dictámenes, uno de mayoría por el rechazo de las modificaciones del Código Civil (es decir, en contra del matrimonio igualitario), otro de minoría por la aprobación, y un tercero que proponía un

régimen de Unión Civil. El dictamen sobre el que se llevó a cabo la discusión fue el primero, ya que el dictamen de Unión Civil fue impugnado por el Presidente provisional del Senado Sr. José Pampuro. (Cabe aclarar, que la resolución del congreso estuvo precedida de debates sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo a través de audiencias públicas realizadas en las Provincias de Chaco, Corrientes, Salta, La Rioja, Catamarca, Tucumán, Misiones, San Juan, Mendoza, Neuquén y Jujuy).

“El proyecto fue aprobado con 33 votos a favor, 27 en contra y 3 abstenciones (el sentido del voto es por la negativa en este tema; rechazando el rechazo, valga la redundancia) La aprobación contó con el respaldo de diferentes senadores de los bloques del Frente para la Victoria, la Unión Cívica Radical, el socialismo y la Coalición Cívica. En contra del proyecto lo hicieron la mayoría de los senadores pertenecientes al peronismo disidente (peronismo federal), y gran mayoría del bloque radical”¹³⁰.

Si bien la discusión en el recinto de la cámara estuvo principalmente protagonizada por el senador Miguel Angel Pichetto, presidente del bloque mayoritario del Frente para la Victoria y la senadora Liliana Negre de Alonso, justicialista disidente y presidenta de la Comisión de Legislación General, básicamente se escucharon tres tipos de argumentos: los que estaban a favor del proyecto, los que rechazaban la ampliación del matrimonio civil porque incluía también la adopción por parte de parejas del mismo sexo y los que también rechazan el proyecto de matrimonio pero planteaban la unión civil como alternativa a este tipo de uniones.

Entre los senadores que apoyaban el proyecto podemos nombrar a la senadora Liliana Fellner quien declaró *“de lo que se habla es del derecho fundamental que tienen como personas a la igualdad que es un derecho consagrado en nuestra Constitución, las familias diversas son algo que existe hoy y va a seguir existiendo se vote o no la ley de matrimonio*

¹³⁰ <http://www.lanacion.com.ar/1284883-es-ley-el-matrimonio-entre-personas-del-mismo-sexo> (Consultado el 13 de Enero de 2011)

*igualitario*¹³¹. El Senador Daniel Filmus manifestó *“las parejas del mismo sexo son tan capaces como las parejas de distinto sexo de establecer una relación de pareja estable y, consecuentemente, están en una situación relativamente similar a las parejas de distinto sexo para reconocer su necesidad de reconocimiento legal y su protección para su relación afectiva familiar, estamos discutiendo sobre el modelo de sociedad en el que queremos vivir, todos queremos vivir en una sociedad más democrática, más igualitaria”*¹³². El senador Pichetto comentó: *“el proyecto que hoy se va a votar tiene una simbología ligada a la igualdad y a la adquisición de derechos que son potestativos. Es decir, no son obligatorios. Se ejercen en función de la voluntad. Acá no habrá más matrimonios homosexuales o de personas del mismo sexo porque se habilite la norma. En todo caso, es reconocer la realidad. Es permitir el ejercicio de derechos y no limitarlos solamente para personas heterosexuales. Cuando escuché algunos discursos que indicaban la necesidad de hacer tratamientos legislativos diferentes, tuve la impresión de que eso consolidaba la idea de la discriminación”*¹³³. El senador Morales en ese mismo sentido dijo: *“todas las cuestiones mencionadas nos llevan a requerir la sanción de una ley que realmente ponga justicia sobre situaciones de grupos vulnerables de la sociedad argentina y que, por minoritarios que fueran, nosotros –que representamos en muchos casos a sectores mayoritarios de nuestras sociedades – tenemos que proteger y velar”*¹³⁴.

Entre las voces en contra del proyecto podemos nombrar a la senadora Liliana Negre de Alonso quien manifestó: *“el proyecto que viene de la Cámara de Diputados no ha abordado integralmente una reforma del nivel que se quiere hacer. Por ejemplo, como dije antes, las acciones de filiación no han sido modificadas. No me preocupa que las personas*

¹³¹ Extraído de la Versión taquigráfica “Matrimonio de parejas conformadas por personas del mismo sexo” Cámara de Senadores de la Nación. OD. N°600/10, (C.D.13/10) 14° Reunión – 9° Sesión ordinaria – 14 y 15 de Julio de 2010. Pág. 26.

¹³² Extraído de la Versión taquigráfica “Matrimonio de parejas conformadas por personas del mismo sexo” Ob. cit. Pág. 125.

¹³³ Extraído de la Versión taquigráfica “Matrimonio de parejas conformadas por personas del mismo sexo” Ob. cit. Pág. 163.

¹³⁴ Extraído de la Versión taquigráfica “Matrimonio de parejas conformadas por personas del mismo sexo” Ob. cit. Pág. 159.

homosexuales, si se quieran casar, se casen, sino el efecto sobre terceros. Me preocupa qué vamos a hacer con la educación sexual, porque a partir de este proyecto de ley la sexualidad se construye. Reitero, por eso promoví el proyecto de unión civil porque quiero que se le den absolutamente todos los derechos. En ese sentido, el proyecto que habíamos propuesto, que es mejorable, reconocía casi el 99 por ciento de los derechos”¹³⁵. Asimismo el senador Rodríguez Saa declaró: “creo que hoy vamos a resolver el problema y va a avanzar la Argentina, pero vamos a dejar una secuela de odios y resentimientos en la calle, fuera del recinto, que va a costar cicatrizar. Y es responsabilidad de todos defender el bien común. Porque yo quiero defender el bien común y porque quiero defender el derecho que tienen los homosexuales –los gay, lesbianas, transexuales y bisexuales– de vivir dignamente y ser respetados. Precisamente, porque merecen todo el respeto y consideración es que voy a sostener la posición que elaboró el peronismo federal, el Interbloque Federal, de optar por el camino de la unión civil”¹³⁶. La Senadora Hilda González de Duhalde aclaró que "Se habló hasta el cansancio de la discriminación. No tenemos que discriminar. Por supuesto que no tenemos que discriminar la elección sexual de un hombre o de una mujer; por supuesto que no. La homosexualidad es más vieja que el mundo, pero ahora estamos hablando de otras cosas. Estamos hablando del matrimonio, que es algo muy diferente". Terminó su declaración agregando que "el día que la Argentina garantice todos los Derechos Humanos, entonces sí podría analizarse el matrimonio homosexual, sin embargo, yo estaba de acuerdo y hubiera acompañado la unión civil, de la misma manera que creo habría que garantizársela a hermanos que conviven hasta el final de su vida, en donde uno muere y el otro queda en la calle, por ejemplo, aunque no haya relación sexual”¹³⁷.

¹³⁵ Extraído de la Versión taquigráfica “Matrimonio de parejas conformadas por personas del mismo sexo” Ob. cit. Pág. 24-25.

¹³⁶ Extraído de la Versión taquigráfica “Matrimonio de parejas conformadas por personas del mismo sexo” Ob. cit. Pág. 154.

¹³⁷ Extraído de la Versión taquigráfica “Matrimonio de parejas conformadas por personas del mismo sexo” Ob. cit. Pág. 81-82.

En otra postura y refiriéndose a la adopción en el proyecto de ley, el Senador Biancalani dijo: *“Quiero marcar mi desacuerdo con la ley de matrimonio para parejas homosexuales sobre todo en lo que respecta a la adopción. Hemos tratado esto desde el punto de vista teológico, sociológico, psicológico, científico, jurídico y hasta desde el punto de vista del amor. Pero cuando hablamos desde el punto de vista de la igualdad de las parejas homosexuales y heterosexuales, no hablamos de la igualdad del niño. O sea, de los derechos del niño a tener un papá y una mamá. Ese chico ya tiene una carga psicológica grande al no tener papá ni mamá, y ahora se va a encontrar, al ser adoptado, con dos papás o dos mamás”*¹³⁸.

El debate tuvo diálogos de todo tipo, aunque cabe resaltar dos comentarios en especial. El primero del Senador Miguel Ángel Pichetto, *“cuando consideró que un artículo del proyecto de Unión Civil presentado por el peronismo disidente tenía connotaciones nazis por prohibir la posibilidad de adopción por parte de las parejas homosexuales”*¹³⁹. Y el segundo en palabras del Senador Torres, que por lo gráfico, gracioso y anecdótico de sus palabras corresponde agregarlos textualmente para, de alguna manera, ilustrar el nivel que tuvo esta sesión:

“Sr. Torres. – *Conocer la historia y saber que Abraham Lincoln era bisexual. Podemos hablar de Walt Whitman, de Oscar Wilde, de Luis Cernuda, de Tchaikovsky, el autor de El cascanueces, de El lago de los cisnes, del Concierto N° 1 para piano; de Lawrence de Arabia; de André Gide; de Vicente Alexander; de Federico García Lorca; de Thomas Mann; de José Montero, el primer cura español que reconoció su homosexualidad abiertamente. En cuanto a lesbianas, puedo mencionar a Sor Juana Inés de la Cruz; a Gabriela Mistral, Premio Nobel de Literatura; a Florence Nightingale; a Alejandra Pizarnik; a Cristina de Suecia, la reina; a Chavela Vargas; a Virginia Woolf; a Esther Tusquets; a*

¹³⁸ Extraído de la Versión taquigráfica “Matrimonio de parejas conformadas por personas del mismo sexo” Ob. cit. Pág. 160.

¹³⁹ <http://www.infovera.com.ar/2010/07/el-senado-aprobo-el-matrimonio-gay-tras-un-tenso-debate/>
(Consultado el 15 de Enero de 2011)

Cristina Peri; a Greta Garbo; a Juana de Arco; a Eva Brunne, primera obispa de la religión oficial de Suecia, que reconoció y asumió su homosexualidad y pidió que no se hiciera ningún tipo de diferencia con respecto a sus orientaciones sexuales. Yo creo que es natural, porque no sólo esta variación sexual se da en los seres humanos... Me pide una aclaración la señora senadora. La concedo, pero que tengan en cuenta mi tiempo.

Sr. Presidente (Pampuro). – *Para una interrupción, tiene la palabra la señora senadora Negre de Alonso.*

Sra. Negre de Alonso. – *Le quería preguntar al senador cuál es la fuente de información sobre Sor Juana Inés de la Cruz, porque es la primera vez que lo escucho.*

Sr. Torres. – *Internet.*

Sra. Negre de Alonso. – *Ah, Internet, bueno. Gracias.*

Sr. Torres. – *Y hay muchos más nombres.*

Sr. Presidente (Pampuro). – *Pare un momentito. (Risas.)*

Sr. Torres. – *No hay que asustarse. Por eso decía que es algo natural”¹⁴⁰.*

Para finalizar este capítulo, agregaremos comentarios que se llevaron a cabo en las jornadas de debate de la Comisión de Legislación General del Senado sobre el proyecto que permitiría el matrimonio homosexual. Una de las exposiciones más importantes tuvo lugar con la presencia de jueces de la nación. Entre las opiniones que manifestaron los magistrados, algunos se pronunciaron a favor y en contra, y otros mostraron su adhesión a la iniciativa pero reclamaron su modificación.¹⁴¹

La exposición más extensa fue la de la jueza federal Graciela Medina, quien manifestó que estaba de acuerdo con el casamiento entre personas del mismo sexo pero no con la letra del proyecto, a la que calificó como una "improvisación legislativa", agregó que "para permitir el matrimonio homosexual hay que cambiar la esencia de las instituciones, no se

¹⁴⁰ Extraído de la Versión taquigráfica "Matrimonio de parejas conformadas por personas del mismo sexo" Ob. cit. Pág. 75-76.

¹⁴¹ <http://www.ambito.com/noticia.asp?id=527644> (Consultado el 15 de Enero de 2011)

puede dejar esta ley librada al azar, el proyecto, en primer lugar elimina a la mujer, al hablar de padres y de contrayentes". También recalcó que "el progenitor biológico está obligado a reconocer al menor" por lo que el proyecto debería explicar "cómo se ejercerá la patria potestad de a tres", en caso de que el niño sea adoptado por una pareja homosexual. Medina señaló que "los siete países que admitieron el matrimonio homosexual, antes hicieron reformas serias", y agregó: "hay que modificar la institución de las filiaciones; modernizar la adopción, porque el régimen tal cual está no resiste este proyecto; y flexibilizar las reglas de orden público patrimonial".

En la misma línea, el titular del Juzgado Nacional en lo Civil N°85, Félix Igarzábal, pidió que la ley "sea clara" y sostuvo que "es importante que los legisladores devuelvan el proyecto (a Diputados) porque que esto no se lo está cuidando".

Por su parte, la titular del Juzgado Nacional en lo Civil, Martha Gómez Alsina, señaló que tanto la legislación nacional como los tratados internacionales se refieren al matrimonio como la unión entre "hombre y mujer" y que al modificar esto "el Estado estaría incumpliendo un tratado, por eso no puede justificar el incumplimiento de un tratado equivocando el derecho interno de su país. Sancionando en estos términos la reforma estaríamos lesionando este derecho y podríamos decir que el Estado y la sociedad no están protegiendo debidamente la familia".

A su turno, la jueza en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires Elena Liberatori señaló que cuando ella autorizó el casamiento de dos mujeres entendió que "el sentimiento de amor es lo característico para casarse".

Por otra parte, el titular del Juzgado porteño número 13, Guillermo Scheibler, cuestionó el proyecto de la senadora Adriana Bortolozzi, que propone la "unión civil" en lugar del "matrimonio", y señaló que al diferenciar a las parejas gays "se genera un registro de

homosexuales" lo que "impone a las personas que tengan otra orientación sexual la obligación de revelarlo".

El juez de la Cámara Civil Mauricio Mizrahi, declaró que espera que el Senado "no apruebe el proyecto porque generará la procreación de niños mutilados en la mitad de su ascendencia, un niño criado en un matrimonio homosexual no va a tener madre o no va a tener padre".

Como conclusión agregaremos palabras del Dr. Augusto C. Belluscio, sobre el análisis que realiza sobre la Ley N° 26.618: *"...hay que poner de relieve la deplorable tramitación del proyecto en el Senado de la Nación. Contrariamente a la clara mayoría a favor de la reforma que éste logró en la Cámara de Diputados, en el Senado no se tuvo hasta el último momento la posibilidad de conocer cuál iba a ser el criterio que triunfaría, falta de definición que no tuvo lugar por motivos plausibles ya que -como no se puede dejar de señalar- la vergonzosa actitud de algunos legisladores fue en definitiva la que inclinó la balanza de la decisión. En efecto, en un asunto de semejante importancia para la sociedad no es concebible que unos dejen de participar en la votación mediante su ausencia del recinto, muy especialmente mediante el artilugio de ausentarse del país participando en una misión internacional en la cual su presencia era superflua. Ni el pueblo ni las provincias eligen sus representantes en el Congreso para que participen en actividades turísticas cuando se necesita que intervengan en los debates y en las votaciones. Menos todavía resulta admisible el incalificable proceder de algunos senadores que reconocieron haber votado en contra de sus convicciones por solidaridad política o para asegurar el auxilio económico del gobierno federal a sus provincias. Con semejantes antecedentes e independientemente de otros vicios que pueda contener, la ley ha nacido renga por la falta de un claro pronunciamiento mayoritario de una*

de las cámaras y el desconocimiento de la verdadera opinión del pueblo de la Capital Federal y de las provincias”¹⁴².

V.2. **Principales posiciones sociales:**

En la República Argentina no existía un real consenso social sobre la aprobación o no del matrimonio homosexual. No se conocía estadísticas o encuestas de lo que realmente opinaba nuestra sociedad en conjunto. Sin embargo, analizando comentarios vertidos en medios de comunicación, podemos diferenciar tres posturas:

A) Los que estaban a favor de la equiparación total de las parejas homosexuales y heterosexuales en cuanto al acceso al matrimonio, con los mismos derechos y obligaciones, incluida la adopción.

B) Los que estaban en contra de que las parejas homosexuales puedan contraer matrimonio, aunque aceptaban que se cree un régimen de Unión Civil que conceda ciertos derechos y beneficios. La objeción se centra fundamentalmente en dos puntos: en cuanto a que se utilice el vocablo "matrimonio" y en cuanto a que se permita la adopción a parejas de este tipo.

C) Y una posición intermedia que acepta que las parejas homosexuales puedan contraer matrimonio con los mismos derechos y obligaciones que las parejas heterosexuales, pero no están de acuerdo en que se les conceda la posibilidad de adoptar.

A pesar de esta clasificación, lamentablemente solo pudimos ver posturas antagónicas, que en cierta manera dividieron a la sociedad en dos sectores. El grupo apoyado por los

¹⁴² <http://www.grupolegal.com.ar/shop/detallenot.asp?notid=163-6/1/2011> (Consultado el 15 de Enero de 2011)

sectores conservadores de la iglesia y el grupo u organizaciones de movimientos homosexuales.

La iglesia católica abiertamente se pronunció en contra del matrimonio homosexual. En este sentido el Cardenal Bergoglio, máximo referente de la Iglesia Católica en Argentina, en una carta dirigida a las religiosas carmelitas de Buenos Aires, declaró: *“Les escribo estas líneas a cada una de ustedes que están en los cuatro monasterios de Buenos Aires. El pueblo argentino deberá afrontar, en las próximas semanas, una situación cuyo resultado puede herir gravemente a la familia. Se trata del proyecto de ley sobre matrimonio de personas del mismo sexo. Está en juego la identidad, y la supervivencia de la familia: papá, mamá e hijos. Está en juego la vida de tantos niños que serán discriminados de antemano privándolos de la maduración humana que Dios quiso se diera con un padre y una madre. Está en juego un rechazo frontal a la ley de Dios, grabada además en nuestros corazones”* además agrego *“No seamos ingenuos: no se trata de una simple lucha política; es la pretensión destructiva al plan de Dios. No se trata de un mero proyecto legislativo (éste es sólo el instrumento) sino de una movida del Padre de la Mentira que pretende confundir y engañar a los hijos de Dios. Hoy la Patria, ante esta situación, necesita de la asistencia especial del Espíritu Santo que ponga la luz de la Verdad en medio de las tinieblas del error; necesita de este Abogado que nos defienda del encantamiento de tantos sofismas con que se busca justificar este proyecto de ley, y que confunden y engañan a personas de buen voluntad”*¹⁴³. Prácticamente resta agregar que para la Iglesia, no solamente los matrimonios homosexuales son un pecado, sino que el simple hecho de ser homosexual también lo es.

Por otro lado, grupos de organizaciones homosexuales como la Comunidad Homosexual Argentina (CHA) y la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales,

¹⁴³ <http://infocatolica.com/?t=noticia&cod=6783> (Consultado el 16 de Enero de 2011)

Travestis y Transexuales (FALGBT) apoyados por Instituto Nacional Contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI) y por el aparato oficialista del estado, organizaban campañas a favor del matrimonio entre personas del mismo sexo apoyados en la argumentación de igualdad de derechos. También, han tildado de “homofóbicos” a toda persona que no estaba a favor del matrimonio igualitario, a pesar de tener el derecho de pensar distinto a ellos. En este sentido las personas que estaban a favor de la Unión Civil como remedio para regular este tipo de uniones, fueron clasificadas como homofóbicas y discriminadoras, atento que las organizaciones homosexuales consideran a la unión civil como un instituto parecido al apartheid sudafricano. No dejaron de aparecer, sin embargo, comparaciones con la discriminación, persecución y matanzas que se vivió en la Alemania Nazi o la segregación que vivieron las personas de color en una época de los Estados Unidos.

Como conclusión podemos observar que independientemente de la postura que cada uno tenga sobre el tema, todas las personas tienen el derecho de pensar y elegir libremente lo que mejor les parezca. En estas posiciones se mostraron algunos argumentos inconducentes e irrelevantes. En primer lugar, no pueden aceptarse razones de orden religioso para este tipo de decisiones. Tampoco son valederos los argumentos exagerados o las falacias de comparación que pretenden, como único objetivo, lograr simpatías de la sociedad para tener mayor consenso.

V.3. **Reformas en el Código Civil Argentino:**

Con la aparición de la Ley N° 26.618, se aprueba la reforma a la Ley de Matrimonio Civil y permite que las parejas del mismo sexo, puedan celebrar válidamente el acto matrimonial. Esta reforma modifica sustancialmente la tradición jurídica respecto del instituto

del matrimonio, el cual era aplicable exclusivamente a la unión de personas de distinto sexo. En tal contexto, la diversidad de sexo constituía un requisito de existencia del acto, pues la ausencia del mismo significaba que dicho matrimonio era considerado inexistente.

La Ley N° 26.618 contiene 42 artículos (más un artículo de forma) que modifican el Código Civil y otras leyes complementarias como las de Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas y del Nombre de las Personas. Los artículos modificados o sustituidos son: 144 (Inc. 1); 172; 188; 206; 212; 220 (Inc.1); 264 (Inc.1); 264 ter; 272; 287; 291; 294; 296; 307; 324; 326; 332; 354; 355; 356; 360; 476; 478; 1217 (Inc. 3); 1275 (Inc. 2); 1299; 1300; 1301; 1315; 1358; 1807(Inc. 2); 2560; 3292; 3969 y 3970 del Código Civil; art. 36 (Inc. c) de la Ley N°26.413 y arts. 4, 8, 9, 10 y 12 de la Ley N°18.248.

Enunciaremos sintéticamente las reformas introducidas, diferenciándolas en cuatro grupos de normas, de acuerdo a la clasificación que realiza el Dr. Néstor E Solari¹⁴⁴: A) la norma que constituye la médula de la reforma (art. 172); B) las normas que han significado suprimir ciertas desigualdades entre el hombre y la mujer existentes desde el régimen originario del Código Civil; C) las normas que representan meras adaptaciones terminológicas; y D) las normas que contemplan situaciones específicas, creadas como consecuencia del matrimonio celebrado entre personas del mismo sexo.

A) El art. 2 de la Ley N°26.618 introduce la reforma más importante, ya que el antiguo art. 172 limitaba la institución matrimonial a las uniones heterosexuales, al decir "hombre y mujer". En el primer párrafo, del art. 172 reformado dice: "Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por ambos contrayentes ante la autoridad competente para celebrarlo." Como puede verse, la modificación consiste en sustituir la referencia a hombre y mujer por contrayentes, con lo cual se ha suprimido la diversidad de sexo, como uno de los requisitos para la existencia del

¹⁴⁴ Solari, Néstor E, "Análisis normativo de la ley 26.618 de matrimonio civil", Publicado en: LA LEY 10/08/2010.

matrimonio que exigía nuestro Código Civil. A partir de ahora, han quedado solamente dos requisitos esenciales para la existencia del matrimonio: a) el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por ambos contrayentes; y b) la autoridad competente para celebrarlo. Asimismo, se agrega un nuevo párrafo: “El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.”

B) La modificación suprimió algunas desigualdades existentes en el Código Civil entre el hombre y la mujer. Las disposiciones comprendidas en este grupo, son los arts. 212; 1217, inc. 3º y el 1807, inc. 2º. Con la redacción del art. 1217 inc. 3º en la actualidad, ambos cónyuges tiene la posibilidad de efectuar donaciones prenupciales y no como antes que sólo se permitía al marido respecto de la mujer. Se adaptó también el contenido del art. 212 del Código Civil. Ahora cualquiera de los conyugues, y no solamente el esposo como establecía anteriormente, podrá revocar las donaciones hechas al otro cónyuge en convención matrimonial. Se suprime la desigualdad contenida en el ex inciso 2º del art. 1807, que establecía: “El marido, sin el consentimiento de la mujer, o autorización suplementaria del juez, de los bienes raíces del matrimonio” el cual quedó redactado de la siguiente forma: “El cónyuge, sin el consentimiento del otro, o autorización suplementaria del juez, de los bienes raíces del matrimonio.”

C) Las artículos expresamente reformadas para adaptarlas terminológicamente son: 144, inc. 1º; 188; 220, inc. 1º; 264, inc. 1º; 264 ter; 272; 287; 291; 294; 296; 307; 324; 332; 354; 355; 356; 360; 476; 478; 1275, inc. 2º; 1299; 1300; 1301; 1315; 1358; 2560; 3292; 3969 y 3970. La adaptación consiste en suprimir las denominaciones “esposo/esposa” (art. 144, inc. 1º); “marido/mujer” (art. 188; 476; 1275, inc. 2º; 1299; 1300; 1301; 1315; 1358; 2560; 3292; 3969 y 3970); “padre/madre” (art. 264, inc. 1º; 264 ter; 272; 287; 291; 294; 296; 307; 354; 360 y 478); “esposa” (art. 220, inc. 1º); “viuda” (art. 10 de la ley 18.248); “viudo/viuda”

(art. 324); “viuda/esposo premuerto” (art. 332); “abuelos/abuelas” (art. 355); “bisabuelos/bisabuelas” (art. 356). El término neutro más utilizado en la nueva redacción es el de “cónyuge”. En algunos artículos, las expresiones son las de “esposos”, “cónyuge sobreviviente”, “sobreviviente”, “viuda y viudo”. Cabe destacar, que muchas disposiciones han quedado sin reformarse expresamente. Sin embargo, la ley prevé expresamente tales situaciones, al agregar el art. 42 como cláusula complementaria (o de compatibilidad) con el fin de suprimir las posibles contradicciones con normas subsistentes en el orden interno.

Art. 42: "Todas las referencias a la institución del matrimonio que contiene nuestro ordenamiento jurídico se entenderán aplicables tanto al matrimonio constituido por dos personas del mismo sexo como al constituido por dos personas de distinto sexo. Los integrantes de las familias cuyo origen sea un matrimonio constituido por dos personas del mismo sexo, así como un matrimonio constituido por dos personas de distinto sexo, tendrán los mismos derechos y obligaciones. Ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino podrá ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones, tanto al matrimonio constituido por personas del mismo sexo como al formado por dos personas de distinto sexo".

D) El último grupo de normas la conforman aquellas que han tenido que contemplar expresamente las situaciones que provoca la inclusión de la unión homosexual a la institución matrimonial. Este grupo lo integran los arts. 206 (Régimen de la tenencia de los hijos, por padres que no conviven) y 326 (Apellido del adoptado) del Código Civil; el inc. c del art. 36 de la Ley N°26.413 (Inscripción de los hijos) y los arts. 4° (elección del apellido de los hijos), 8° (el derecho de agregar el apellido marital) y 9° (el apellido marital luego de la separación personal y el divorcio vincular) de la Ley N°18.248.

El art. 12 de la Ley N° 18.248 establece el apellido de adoptado en caso de adopción por parte de uno de los cónyuges y prevé la hipótesis del matrimonio de personas del

mismo. Mantiene lo establecido con respecto al régimen que existía cuando se tratase de un matrimonio entre personas de distinto sexo. Se agrega la siguiente redacción para que sea compatible con ambas situaciones: *“Si se tratase de una mujer o un hombre casada/o con una persona del mismo sexo cuyo cónyuge no adoptare al menor, llevará el apellido de soltera/o del adoptante, a menos que el cónyuge autorizare expresamente a imponerle su apellido. Cuando la adoptante fuere viuda o viudo, el adoptado llevará su apellido de soltera/o, salvo que existieren causas justificadas para imponerle el de casada/o.”*

V.4. **Consideraciones a las reformas introducidas:**

Expondremos unas breves consideraciones, realizadas por la Dra. Graciela Medina¹⁴⁵ sobre las reformas introducidas por la Ley N° 26.618 a nuestro Derecho de Familia. Si bien estas críticas fueron realizadas cuando todavía era un proyecto de ley, bien nos sirve para exponerla en este caso, ya que fue el mismo proyecto que fue aprobado como ley.

La Dra. Medina nombro a estas observaciones como *“Los diez pecados capitales de la ley”* y declaró que: *“este proyecto de ley no debería ser sancionada tal cual ha sido aprobada por la Cámara Baja, ya que constituye un atraso en relación a la situación jurídica de las mujeres y otorga mejores derechos a los matrimonios homosexuales que a los heterosexuales”*¹⁴⁶. A continuación, enumeraremos las observaciones:

1. Introducir el matrimonio homosexual en un sistema jurídico pensado para un matrimonio heterosexual sin modificarlo integralmente.

¹⁴⁵ Medina, Graciela, “La ley de matrimonio homosexual proyectada. Evidente retroceso legislativo de los derechos de las mujeres”, Publicado en: LA LEY 17/05/2010, 1.

¹⁴⁶ <http://www.gracielamedina.com/assets/Uploads/La-ley-de-matrimonio-homosexual-proyectada.-Retroceso-para-las-mujeres.doc>. (Consultado el 18 de Enero de 2011)

2. Pretender dar iguales efectos a uniones que son diferentes y cuya diversidad es la base del matrimonio argentino.
3. Intentar equiparar los efectos de uniones heterosexuales y homosexuales, utilizando un lenguaje neutro, eliminando las nominaciones mujer, madre, abuela, bisabuela, tía, esposa, y todas las que aluden al sexo femenino, en perjuicio de los derechos de la mujer, de su igualdad jurídica y de su visibilización.
4. Determinar que son hermanos bilaterales los que proceden del mismo padre, dejando de lado la tradicional definición según la cual son hermanos bilaterales los que proceden del mismo padre y madre, sin advertir que los hermanos bilaterales no pueden proceder del mismo padre, porque dos hombres en conjunto no pueden concebir.
5. Establecer el parentesco colateral sólo por línea paterna, a partir de los abuelos y bisabuelos, haciendo desaparecer inexplicablemente las relaciones con las abuelas y bisabuelas, en un claro efecto discriminatorio para la mujer. En este sentido, sólo son tíos y primos los hijos de los abuelos y no los de las abuelas, y parientes en tercer grado los descendientes de los bisabuelos y no los de las bisabuelas.
6. Dar, en lo relativo al apellido de casada, mejores derechos a las mujeres que decidan formar parejas homosexuales que a aquellas que se casan con un hombre, porque las primeras pueden optar por el apellido de familia mientras que las segundas no, discriminando arbitrariamente a las mujeres heterosexuales.
7. Otorgar un régimen más beneficioso para las lesbianas que para las mujeres que contraigan nupcias heterosexuales respecto al apellido de los hijos, porque las mujeres lesbianas casadas pueden dar el primer apellido a sus hijos, mientras que los hijos de las mujeres unidas en matrimonio heterosexual llevarán siempre el apellido paterno.
8. Establecer un sistema más beneficioso a los hombres unidos en matrimonio homosexual que a quienes se casan con una mujer en lo que respecta a la tenencia de los hijos menores

de cinco años, debido a que en las uniones de dos hombres la tenencia de esos hijos se discierne de conformidad con la capacidad en orden al interés del menor, mientras que en los matrimonios heterosexuales la tenencia de los menores de cinco años es otorgada a la madre.

9. No reformar el régimen de presunciones de paternidad y de maternidad, que se estructura en base a la diferenciación sexual. A diferencia de todas las legislaciones del mundo, que consideran que no se aplican iguales efectos a matrimonios homosexuales y heterosexuales, ni en la determinación ni en las presunciones de paternidad y maternidad.

10. Dar mejores derechos sucesorios a los matrimonios de lesbianas y homosexuales que a los matrimonios heterosexuales, ya que en los primeros cualquiera de sus integrantes tendrá el derecho sucesorio de la nuera viuda sin hijo, mientras que en los segundos los hombres no tienen ese derecho.

Entre las múltiples incongruencias del sistema, se advierte una indeterminación de la maternidad en los casamientos lésbicos. Lo que ocurre es que el debate parlamentario se centró solamente en discutir si los homosexuales podían casarse, sin advertir que el problema es mucho más profundo, ya que para que las parejas del mismo sexo puedan casarse hay que variar el concepto de familia y el de casamiento. Esto es así, porque tanto la estructura de la familia como la del matrimonio argentino tienen un origen heterosexual. Por lo tanto, para acoger la relación lésbica y gay dentro de la unión heterosexual tiene que cambiarse la concepción de las instituciones en forma armónica, no con meros agregados que hacen perder a las mujeres derechos duramente conseguidos, ni tampoco colocando en mejor situación a las uniones de lesbianas y gay sobre aquellas constituidas por hombres y mujeres.

Como conclusión del capítulo, aceptamos que esta ley significa un gran avance para los derechos de las personas homosexuales, sin embargo estamos totalmente de acuerdo

con todas las observaciones realizadas por la Dra. Medina y creemos, independientemente de nuestra posición respecto del matrimonio entre personas del mismo sexo, que la ley tendría que haber tenido un tratamiento mas integral y abarcativo, y complementariamente haber legislado sobre técnicas de fertilización asistida.

Capítulo VI

Conclusión

En primer lugar es necesario aclarar que independientemente de la valoración que cada uno pueda adoptar sobre el tema “matrimonio homosexual”, no ignoramos la existencia de uniones homosexuales en nuestra sociedad y la necesidad de otorgarles protección y reconocimiento por parte de nuestro ordenamiento.

Partimos de la base que todas las personas, de acuerdo al principio de igualdad ante la ley establecido en el art. 16 de la Constitución Nacional, son iguales y tienen el derecho a no ser discriminados por motivo de sexo, raza, orientación sexual, posición política, religión, status económico, condición social, nacionalidad, ideología etc., y el estado debe garantizar que este derecho se cumpla. En este sentido, el art. 43 de la Const. Nac. dispone que: *“Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley.... Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación...”*. Asimismo en el art. 19 se establece que *“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”*, por lo que las relaciones de dos personas homosexuales, mayores de edad, que no ofendan la moral pública, integran el ámbito de su privacidad y libertad.

Es indiscutible el respeto que se merecen las parejas homosexuales, precisamente por su derecho a ser diferentes y por ende a que esas diferencias no generen discriminaciones;

la unión homosexual y la heterosexual constituyen situaciones de hecho diferentes, pues trascienden desde la propia naturaleza de las cosas de manera distinta.

El matrimonio es la institución social más importante de nuestra comunidad y comprende funciones primordiales que hacen que además de ser una institución personalísima, sea una institución de interés público y por eso el Estado lo regula confiriéndole resguardo. En este sentido, el deseo de las personas homosexuales a contraer matrimonio excede el ámbito privado de su relación y va más allá del afecto que tiene entre dos personas en su privacidad, por eso el Estado tiene la obligación de fijar los requisitos, derechos y obligaciones de este instituto.

La mayoría de los conceptos esgrimidos por reconocidos juristas, consideran al Matrimonio, hasta hace unos años, como la unión entre un hombre y una mujer, y la unión entre esta diversidad existió desde el comienzo de la historia de la humanidad. Esta definición de matrimonio comprende las funciones sociales como la continuación de la especie a través de la procreación resultante de la complementariedad de sexos, la transmisión de valores culturales y la educación de los hijos con roles paterno y materno, sin los cuales la sociedad no sería viable, pero las parejas homosexuales no pueden cumplir con los fines de esta institución.

El argumento que apoya la distinción entre parejas homosexuales y heterosexuales se basa en que los matrimonio homosexuales no pueden engendrar biológicamente hijos comunes. El Dr. Zannoni ha dicho *“La procreación de un ser humano requiere la fecundación de un óvulo por un espermatozoide, es decir la singamia que es obra de la naturaleza de la que participan hombre y mujer. Los homosexuales no pueden procrear entre sí, por lo que su matrimonio se agota en la relación de pareja. La unión homosexual, por naturaleza, no puede trascender en hijos biológicos de ella. Los hijos a los que pueden aspirar los homosexuales que viven en pareja o unión de tal tipo han sido procreados por*

*heterosexuales —como sucede en el caso de la adopción— o concebidos por uno de los miembros de la pareja mediante fertilización asistida de un óvulo por un espermatozoide en el caso de las lesbianas o mediante la inseminación de una madre portadora en el caso de un matrimonio de gays, en todo caso sin la participación de su consorte. Y esto, a su vez, puede provocar nuevas discriminaciones en perjuicio de los hijos que, por esa razón, nacerán huérfanos de padre o de madre*¹⁴⁷.

Sin perjuicio de las realidades que viven ciertas parejas homosexuales en cuanto tengan hijos biológicos o en el caso de que individualmente hayan adoptado niños, consideramos que sobre estos hechos prevalece el derecho de los niños a tener una padre y una madre, cuestión que ab initio estas uniones no pueden brindar. No negamos el hecho de que las personas homosexuales puedan ser buenos padres, simplemente decimos que lo más óptimo para un niño es brindarle una familia que brinde los roles paterno materno de manera diferenciada. Asimismo considerando la indiscutible realidad de que la relación materna en la edad temprana de un menor es la más beneficiosa para un niño, resulta paradójico pensar de qué manera puedan subsanar esta situación dos hombres.

Creemos que las uniones de parejas homosexuales no pueden ser equiparadas al matrimonio ya que como el Dr. Morrillo manifiesta *“esa unión no es un matrimonio, que sólo se configura si se trata de la unión de hombre y mujer. Insistir en la denominación de matrimonio para las parejas que formalizan esas uniones es desvirtuar el registro propio, específico y calificante de matrimonio, cónyuge, esposo, consorte, si acatamos que desvirtuar es quitar la virtud, sustancia, esencia y vigor que tiene, define y porta un concepto, o la naturaleza de una cosa*¹⁴⁸.

¹⁴⁷ Zannoni, Eduardo A, “Matrimonio entre personas del mismo sexo. Ideología de género y derecho de familia”, Publicado en: LA LEY 14/03/2011, 1-DJ 23/03/2011, 1.

¹⁴⁸ Morillo, Mario Augusto, “Desvirtuación del matrimonio”, LA LEY, 2005-D, 1472, II.

Germán Bidart Campos, nos dice que *“denominar matrimonio a la unión entre personas de un mismo sexo es asimilar lo que no resulta asimilable, lo que parece no demasiado lógico puesto que ello implica ignorar lo que de diferente hay entre el varón y la mujer para decir que es matrimonio la unión entre dos hombres o entre dos mujeres”*¹⁴⁹.

Respecto del derecho comparado, hemos presentado a lo largo del trabajo las realidades que se viven a nivel mundial, y las formas que se han adoptado en los distintos países, ya sea equiparándolo totalmente al matrimonio heterosexual o en otros casos solamente reglamentándolo de manera específica a través del registro de uniones civiles. Ha quedado evidenciado que el matrimonio entre personas del mismo sexo solo es aceptado en un número reducido de países, y no por ello, el resto de los países (la gran mayoría) que no lo aprueben violan Derecho Humano alguno. Prueba de ello es que no se ha evidenciado en ningún fallo de la Corte de San José de Costa Rica ni en la Corte de Derechos Humanos de Europa.

Por ello concluimos que el no permitir el matrimonio entre dos personas del mismo sexo en nuestro país, de ninguna manera vulneraba preceptos constitucionales ni Tratados Internacionales de raigambre constitucional.

Pensamos que para evitar el desamparo legal de las relaciones constituidas por personas del mismo sexo, bastaba que se cree un instituto diferente al matrimonio otorgándoles derechos referidos al régimen alimentario, beneficios sociales, jurídicos, impositivos, de asistencia social, obras sociales y hereditarios, pero debería tener un tratamiento diferenciado cuando se trate de cuestiones de orden público como el matrimonio, el acceso a técnicas de fecundación asistida, y la posibilidad de adoptar.

No hacía falta modificar la institución tradicional del matrimonio, en tanto es reservado para personas heterosexuales. No se trata de negar que dos personas del mismo sexo se

¹⁴⁹ Bidart Campos, German J., “Matrimonio y unión entre personas del mismo sexo”, ED, 164-723-IV.

puedan unir, sino que eso sea un matrimonio. Dos parejas distintas, con funciones diferentes, no pueden ser iguales en nombre. Sin embargo se ha promulgado la Ley N° 26.618 que equipara en su totalidad la unión homosexual con el matrimonio.

Creemos que, fuera del pobre tratamiento legislativo que tuvo, esta ley tuvo muchas connotaciones políticas, lo que hace que más que regular derechos válidos de las personas homosexuales, se convirtiera en un trofeo para ciertas posturas políticas. Era de público conocimiento el enfrentamiento suscitado entre la Iglesia Católica y el gobierno Nacional. Esto originó opiniones y argumentos de ambos lados que carecían de valor, no solo porque no se reflejaba la opinión de una gran parte de la sociedad, sino que concluían en argumentos, que en algunos casos, no beneficiaba al debate real y enriquecedor.

Además, las corrientes que apoyaban el matrimonio homosexual, manifestaban su negativa al tratamiento del proyecto de unión civil considerando que constituía un trato desigual que se asimilaba con el apartheid sudafricano. En primer lugar consideramos que esa comparación es falaz puesto que en este caso, un tratamiento desigual de ninguna manera configura una discriminación como venimos exponiendo a lo largo de nuestro trabajo, y asimismo, el apartheid es una forma de discriminar a las personas con motivo de su raza, y en este tema no se está hablando de razas sino de la regulación de parejas del mismo sexo. En segundo lugar pensamos que resulta contradictorio sostener esa argumentación dado que en principio la CHA propugnaba este tipo de resultado y por otro lado, si recordamos que el instituto del matrimonio tiene cierta tradición amparada por la iglesia católica, resulta incongruente que las parejas homosexuales quieran ser regulados por este instituto.

Estamos totalmente de acuerdo en sostener que existen grandes cambios en la humanidad, producto de ello, el concepto de familia ha variado en muchas sociedades, pero en este caso, no creemos que pueda modificarse el concepto de "matrimonio" sin dejar de

ser lo que efectivamente es, y en su caso, consideramos que no todo cambio en la sociedad necesariamente tenga que reflejar resultados positivos.

La aprobación de la ley de matrimonio "igualitario" consecuentemente otorga la posibilidad de adoptar a parejas homosexuales, por lo que en este contexto, estamos totalmente de acuerdo en que se tendría que haber realizado un tratamiento diferenciado.

Si bien las modificaciones realizadas por la ley se inscriben en el contexto de una reforma parcial con el objeto de incluir en la institución matrimonial a las uniones de parejas del mismo sexo, no dejamos de observar la necesidad de una reforma integral que abarque la totalidad de las instituciones que integran el derecho de familia.

Por todos estos fundamentos y por lo que se ha ido explicado a lo largo del desarrollo del trabajo, consideramos que no resultaba equiparable la unión de parejas homosexuales con el matrimonio instaurado en el derecho positivo argentino antes de la Ley N° 26.618. Resultaba mas conveniente crear un instituto o una regulación distinta para este tipo de uniones.

Capítulo VII

Apéndice 1: “R., M. de la C. y otro c. Registro Nacional de Estado y Capacidad de las Personas, 22/06/2007; JNCiv, N° 88; publicado en: La ley 14/11/2007,8”

Tribunal: Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 88(JNCiv)(Nro88)
Fecha:22/06/2007 Partes: R., M. de la C. y otro c. Registro Nacional de Estado y Capacidad de las Personas

P u b l i c a d o en: LLP 2007 (setiembre), 1107 - LA LEY 14/11/2007, 8,

HECHOS:

Las actoras solicitaron que se declare la inconstitucionalidad del acto administrativo emanado de la Sra. Jefe de Departamento de la Circunscripción Primera del Registro Nacional del Estado Civil y Capacidad de las Personas, en virtud del cual se les negó la concesión de un turno a los efectos de contraer matrimonio. Sostienen que esa decisión violenta en forma flagrante la Constitución Nacional como también los tratados incorporados en ella. El juez de primera instancia rechazó el amparo solicitado.

SUMARIOS:

1. Corresponde rechazar el pedido de inconstitucionalidad del acto administrativo por el cual se les negó a las actoras la concesión de un turno a los efectos de contraer matrimonio, pues el Art. 172 del Cód. Civil no violenta el orden constitucional, lo que torna válido el acto administrativo atacado, por no ser ni arbitrario ni ilegal, pues no se apartó de la ley vigente y el órgano que lo emitió actuó dentro de la esfera de su competencia.
2. La no autorización del matrimonio entre personas del mismo sexo tiene su fundamento en la ley positiva y en la naturaleza misma de la institución,

dado que no sólo la literalidad del art. 172 del Cód. Civil, sino también su espíritu sostienen este principio.

3. No existe antijuridicidad en impedir el acceso al matrimonio a quienes por su naturaleza no pueden cumplir con sus fines, pues tal institución está legislada para personas de distinto sexo que engendran y educan a sus hijos para lograr la continuidad de la humanidad y esta diferencia tiene como justificación objetiva y razonable que el Estado privilegia las uniones que dan base a la familia, que a su vez dan base a la sociedad argentina.

TEXTO COMPLETO:

Buenos Aires, junio 22 de 2007.

Considerando:

I. La acción de amparo nace directamente del art. 43 de la Constitución Nacional y tiene, en consecuencia, una jerarquía de primera trascendencia. Posee, en la actualidad, carácter de derecho y garantía constitucional operativa, más que de un procedimiento en sí mismo. Se torna así en una vía principal y directa que es la garantía de los derechos fundamentales. Lo esencial aquí no pasa por establecer si existe o no otro procedimiento que pueda tutelar el derecho que invocan las actoras, sino si la entidad de su derecho justifica la apertura de la vía constitucional. La atención debe recaer sobre el bien de la vida que se pretende proteger y no sobre la posible existencia de otro procedimiento. Debe estar en juego entonces, uno de los derechos fundamentales de las personas. Sentado ello y, a los efectos de un primer análisis de la cuestión, he ordenado el informe previsto en el art. 8 de la ley 16.986 (ver fs. 59). Al encontrarse agregado aquél corresponde disponer la inadmisibilidad de la prueba solicitada por las accionantes a fs. 33, por resultar inconducente a los fines de expedirme en definitiva. Ello se armoniza con el art. 1° de la ley 16.986 y con el art. 43 de la Constitución Nacional que exige para la admisibilidad del amparo la sola invocación de

"arbitrariedad o ilegalidad manifiesta" del acto atacado, pues lo único que debe tenerse en cuenta para juzgar si el acto administrativo adolece o no de esa arbitrariedad, es su propio fundamento.

II.- Con respecto al pedido de incompetencia y de inconstitucionalidad de la ley 24.588, estése a lo proveído a fs. 135, sin perjuicio de señalar que —de acuerdo a lo establecido por el art. 16 de la ley 24.588—, resulta improcedente su articulación.

III.- Matrimonio y derecho a contraerlo: Las aquí actoras solicitan se declare la inconstitucionalidad del acto administrativo emanado de la Sra. Jefe de Departamento de la Circunscripción Primera del Registro Nacional del Estado Civil y Capacidad de las Personas, en virtud del cual se les negó la concesión de un turno a efectos de contraer matrimonio. Sostienen que esa infundada e ilegítima decisión violenta en forma flagrante la Constitución Nacional como también los tratados incorporados a ella. Analizaré entonces la cuestión planteada: El art. 172 del Código Civil establece que "es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por hombre y mujer ante la autoridad competente para celebrarlo...". Dicho de otro modo, para que se considere celebrado el matrimonio éste debe efectuarse entre hombre y mujer, quienes deberán prestar el libre y pleno consentimiento ante la autoridad legitimada para celebrarlo. Si falta alguno de estos requisitos, el matrimonio no existe. El texto de la ley debe entenderse no sólo por su letra sino también por su espíritu, pues su finalidad es revelarlo. La Institución del matrimonio no atiende sólo a los intereses privados de los contrayentes o al desarrollo de su personalidad, sino que regula actos que van más allá de la esfera de la intimidad y que se relacionan directamente con la organización de la sociedad misma. Está destinado a la continuidad de la especie y a la educación de los hijos. El matrimonio es y ha sido la institución que protege la unión heterosexual de la que nacerán nuevos miembros —los hijos— para

que la sociedad no se extinga y siga así el curso de la vida. La finalidad legislativa es, entonces, imperativa y no depende de la sola voluntad de las partes; están aquí en juego necesidades primordiales del grupo social (confr. Ignacio, Graciela "Transexualismo, cambio de sexo y derecho a contraer matrimonio" en JA, 1999-I-868). Esta institución se funda en la propia esencia humana, que en razón de la diversidad de sexos, impulsa la unión de un hombre y una mujer, con la finalidad de lograr el bien de los esposos y la procreación y educación de la prole que hace a la perpetuación de la especie humana. Como dice el Dr. Zannoni el matrimonio constituye la institucionalización de las relaciones que tienen por base la unión intersexual monogámica (ver Zannoni, E.; "Derecho de Familia", Ed Rubinzal-Culzoni, T I, pág 114). No autorizar el matrimonio entre personas del mismo sexo tiene su fundamento en la ley positiva y en la naturaleza misma de la institución; dado que no solo la literalidad de la norma sino también el espíritu de aquella sostienen este principio. Afirmar que la unión de dos personas homosexuales debe ser considerada matrimonio, es desvirtuar completamente el concepto de dicha institución (confr. Eduardo A. Sambrizzi, "El consentimiento matrimonial. Sobre la necesidad que sea prestado por un hombre y una mujer" E.D del 14/6/07), pues enorme diferencia existe entre aquél y la unión de igual sexo, en la cual quedará excluida definitivamente la generación natural.

IV.- Orden constitucional: El derecho a casarse ha tenido desde siempre en nuestro país, rango constitucional. Lo contiene, entre otros, el art. 20 de nuestra Carta Magna, cuando establece que es un derecho de los extranjeros el "casarse conforme a las leyes". Con la reforma de 1994 ese derecho, el de casarse, está reconocido en el art. 16, 1° párrafo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en el art. 17 inc. 2° de la Convención Americana de Derechos Humanos; en el art. 10, 1° párrafo del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; en el art. 23 inc. 2° del Pacto

Internacional de Derechos Civiles y Políticos; en el art. 16 inc. 1 a) de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y en el art. 17 inc. 2 del Pacto de San José de Costa Rica. De la lectura de todos los artículos mencionados, que no reproduzco en honor a la brevedad y porque —a su vez— son conocidos por todos, se infiere sin la menor duda, que el concepto de matrimonio que se ha tenido en cuenta, al momento de ratificarlos, es el celebrado entre heterosexuales: todos emplean exclusivamente la expresión hombre y mujer. Nuestra Corte Suprema ha sostenido que la Constitución Nacional debe ser analizada como un todo armónico, dentro del cual cada una de sus disposiciones debe ser interpretada según su contenido integral, pues no se debe alterar el equilibrio del conjunto. Ello permite concluir que la mención expresa del hombre y la mujer, como titulares del derecho constitucional a contraer matrimonio, limita el reconocimiento de aquél al celebrado entre heterosexuales. Distinto hubiera sido si establecieran ese derecho para todas las personas como se dice, por ejemplo, con el derecho a la vida o a la libertad. Ello no es así, pues el sentido originario que la jerarquía constitucional ha conferido al matrimonio es, exclusivamente, la unión de un hombre y una mujer. Claramente enuncia dos géneros unidos por la preposición "y", lo que lógicamente debe ser entendido como referencia al matrimonio heterosexual. (confr. Gil Domínguez, A.; Fama, M. V. y Herrera M., "Derecho Constitucional de Familia", t. I, p. 151 y sigtes., Ed. Ediar). Nuestro máximo Tribunal ha establecido que el derecho a casarse admite reglamentaciones -todos los Estados en su legislación infraconstitucional imponen prohibiciones absolutas para contraer matrimonio-, pero aquéllas no deben ser arbitrarias ni tampoco ir en contra de la esencia misma de la institución. El derecho a casarse entonces, no es absoluto: su ejercicio depende de los requisitos que la ley exija y, siempre que ellos no sean irracionales, su legitimidad está asegurada. "El matrimonio es una institución legal que apunta a la organización social y como tal tiene una

serie de requisitos y de impedimentos que el legislador ha juzgado razonables.... El legislador ha considerado que la convivencia entre personas de igual sexo, aunque tolerada, no puede ser elevada como imperativo categórico. Siendo el matrimonio una institución subsidiada por el Estado mediante diversas políticas públicas, ha decidido que la promoción es para las personas de diferente sexo que se unen. Ello es así, porque el legislador ha considerado además, que el matrimonio está estrechamente unido a la institución familiar."... (confr. Lorenzetti, Ricardo, "Igualdad, Antijuridicidad, diferencia: Derecho a ser Diferente, a no ser discriminado, interpretación y protección", JA, 1995-IV-834 y sigtes).

V. Igualdad ante la ley. Discriminación: La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que: "... la igualdad ante la ley significa que no se deben conceder excepciones o privilegios que excluyan a unos de los que se le otorga en igualdad de condiciones a otros." (confr. Fallo 198:112). La regla de igualdad es entonces la prohibición de un trato arbitrario: debe tratarse igual a quienes se encuentran en igual circunstancia. Pero también dijo que: "... ello no impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones que considera diferentes, cuando la discriminación no es arbitraria ni responde a un propósito de hostigamiento contra determinados individuos o clases de personas, ni encierra un indebido favor o privilegio personal o de grupo. (Fallos: 182:355; 300:1049). Esto es, se puede legislar sobre situaciones determinadas fijando tratamientos diferentes. Se distingue legítimamente el trato jurídico entre personas, sobre la base de ciertas cualidades, porque ellas son necesarias para lograr la finalidad del instituto que se está legislando. No existe entonces antijuridicidad en impedir el acceso al matrimonio a quienes por su naturaleza no pueden cumplir los fines del mismo. Es que tal institución, como ya dije, está legislada para personas de distinto sexo que engendran y educan a sus hijos para lograr la continuidad de la humanidad. Esta diferencia tiene una justificación objetiva y razonable:

el Estado privilegia las uniones que dan base a la familia, que -a su vez- dan base a la sociedad argentina. En palabras de la Dra. Graciela Medina: "No se discrimina a los homosexuales si se les impide casarse porque no resulta arbitrario negarles el estatuto matrimonial a las parejas que no tienen iguales condiciones, ni pueden cumplir iguales finalidades que las heterosexuales" (confr. Medina, Graciela. "Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio", Ed. Rubinzal Culzoni, p. 219 y sigtes). "Las uniones de personas del mismo sexo deben ser distinguidas de las convivencias heterosexuales como de las uniones matrimoniales. Distinguir lo diferente no implica discriminación ni descalificación de situación alguna, sino defensa de la institución matrimonial como entidad que reúne las mejores condiciones para la fundación de una familia." (confr. Conclusiones de la XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Año 2003. www.jornadas-civil-unr.ucaderecho.org.ar).

VI. Ahora bien, de la lectura del informe circunstanciado realizado por la Dra. Liliana Sofía Gurevich (ver fs. 100/1) surge que las aquí actoras concurren el día 14 de febrero de 2007 ante la oficial pública a efectos de solicitar un turno para contraer matrimonio. Dicha funcionaria les señaló que ello no era posible toda vez que, según lo prescripto por el Código Civil de la Nación, no se puede celebrar el matrimonio entre dos personas del mismo sexo. Por las razones expuestas en los acápites que anteceden debo establecer que el art. 172 del Código Civil no violenta el orden constitucional, lo que torna válido el acto administrativo atacado, por no ser el mismo ni arbitrario, ni ilegal, pues no se apartó de la ley vigente y el órgano que lo emitió actuó dentro de la esfera de su competencia. Por ello y de conformidad con lo dictaminado por la Sra. Fiscal precedentemente, resuelvo: 1º) Rechazar el amparo solicitado. 2º) Notifíquese por Secretaría con habilitación de días y horas inhábiles con copia íntegra de la resolución, la que será

adjuntada bajo sobre cerrado y a la Sra. Fiscal en su despacho. 3º) Firme o ejecutoriado, archívese con comunicación al CIJ. — María O. Bacigalupo.

Capítulo VIII

Apéndice 2: “R., M. de la C. y otro c. Registro Nacional de Estado y Capacidad de las Personas, 26/09/2007; CNCiv, sala f.; publicado en: La ley 14/11/2007,9”

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F (CNCiv)(SalaF)
Fecha:26/09/2007 Partes: R., M. de la C. y otro c. Registro Nacional de Estado y Capacidad de las Personas

P u b l i c a d o en: ED 30/10/2007, 2 - LA LEY 14/11/2007, 9

HECHOS:

El juez de grado rechazó el amparo promovido, que perseguía la declaración de inconstitucionalidad del artículo 172 del Código Civil y, como consecuencia de ello, de la ilegalidad del acto administrativo por el cual el Registro Nacional de Estado y Capacidad de las Personas, les denegó la posibilidad de contraer matrimonio civil a dos personas del mismo sexo. La Alzada confirmó el decisorio.

SUMARIOS:

1. El artículo 172 del Código Civil no resulta discriminatorio en tanto pauta las condiciones que exige la aptitud nupcial, dado que recoge valoraciones de orden público que responden a tradiciones socioculturales compartidas por la comunidad en una época determinada.
2. Resulta constitucionalmente válido el artículo 172 del Código Civil en tanto establece que el matrimonio debe celebrarse entre personas de distinto sexo, pues tiene una justificación absolutamente objetiva y razonable, que consiste en el interés del Estado en privilegiar las uniones que tienden a continuar la especie, sirven para la procreación y dan base a la familia.

TEXTO COMPLETO: 2ª Instancia. — Buenos Aires, septiembre 26 de 2007.

Considerando: Vienen estos autos al Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto por las accionantes contra el pronunciamiento de fs. 143/146 en el cual la Sra. Juez "a quo" rechaza el amparo promovido, que perseguía la declaración de inconstitucionalidad del art. 172 del Código Civil, y como consecuencia de ello, de la ilegalidad del acto administrativo por el cual el Registro Nacional de Estado y Capacidad de las Personas, les denegó el matrimonio civil a dos personas del mismo sexo. Presentan el memorial a fs. 145/158, cuyo traslado fue contestado a fs. 167/170. El Fiscal de Cámara dictamina a fs. 176, propiciando la confirmatoria.

Ante todo, conviene recordar que la expresión de agravios no es una fórmula carente de sentido, sino un análisis razonado de la sentencia, punto por punto, y una demostración de los motivos que se tienen para considerar que ella es errónea. Por tanto, en el caso, debería declararse la deserción del recurso toda vez que las argumentaciones en que ha fundado la juez a quo su sentencia no es criticada en la forma que prescribe el art. 265 del Código Procesal, pues es de toda claridad que frente a las razones asentadas no pueden prevalecer de manera alguna las genéricas reflexiones volcadas en el memorial en estudio. Pero aun soslayando el incumplimiento de la aludida carga procesal, ha de analizarse la acción de amparo interpuesta.

Las leyes no suelen definir qué se entiende por matrimonio. No es necesario que lo hagan, pues, sobreentendido está que el derecho positivo recoge una realidad aceptada universalmente: la unión intersexual. Podemos aceptar, que, en principio, la cohabitación estable de homosexuales atañe, como decisión personal de cada uno, a una opción que se desempeña en la esfera de la intimidad que queda amparada por el principio de reserva que consagra el art. 19 de la Constitución Nacional. Pero el matrimonio trasciende la esfera íntima de los cónyuges. Como bien se ha dicho, la institucionalización

matrimonial "apunta a la organización social y, como tal, tiene una serie de requisitos y de impedimentos que el legislador ha considerado razonables". (Zannoni, Eduardo, "Derecho de Familia" T. 1, pág. 244: Lorenzetti, "Teoría general del derecho de familia", "Revista de Derecho Privado y Comunitario", 1996, Nro. 12, pág. 21).

En efecto, la negativa a considerarse como matrimonio a las uniones entre personas del mismo sexo excede una perspectiva exclusivamente sexual. Lo que dos personas hagan entre sí con su sexo sin dañar a terceros ni ofender la moral pública, es cosa de su privacidad y toda constitución democrática obliga a reconocerla y a respetarla. Por eso sostener que la unión homosexual no es igual a la unión conyugal del varón y la mujer, no se refiere a lo que pueden o no pueden hacer sexualmente entre sí las personas del mismo sexo y de sexo distinto. Esa distinción hace a la intimidad de cada quien. (Bidart Campos, Germán J. "Matrimonio y unión entre personas del mismo sexo" ED- 164-723).

Ello sentado, la pregunta fundamental a responder es si la exigencia legal de que el matrimonio se celebre entre un hombre y una mujer constituye una discriminación en perjuicio de homosexuales, por el solo hecho de serlo. En otras palabras, determinar si dicha exigencia, consagrada en el art. 172 del Código Civil, responde a políticas que discriminan a homosexuales de heterosexuales. Resulta innegable que en la cultura contemporánea los homosexuales han sido tradicionalmente discriminados socialmente por su orientación sexual en un marco de referencia agresivo hacia ellos. En los últimos tiempos las nuevas generaciones tienden a superar esta actitud e intentan conscientemente abandonar viejos prejuicios homofóbicos. A partir de esta realidad se sostiene que impedir a las minorías sexuales la posibilidad de contraer matrimonio entre sí constituye un instrumento de poder que margina a dichas minorías y que convierte a sus integrantes en ciudadanos de segunda, ya que no tienen acceso a los mismos derechos, ni a las mismas leyes que el grueso de la población. Se agrega que la reforma

sobre el matrimonio incluyendo la aptitud nupcial de los homosexuales entre sí encierra una cuestión de igualdad ante la ley. Sin embargo, debe observarse que los homosexuales no son discriminados a priori en razón de su orientación sexual para acceder al matrimonio. Una persona homosexual, fuere hombre o mujer, goza de la misma aptitud nupcial que un heterosexual, precisamente porque la ley no discrimina. En otras palabras, la orientación sexual no integra el elenco de requisitos para casarse. Lo que el homosexual no puede, por exigencia legal, es contraer matrimonio con alguien que sea de su mismo sexo.

La igualdad ante la ley significa que no se deben conceder excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se otorga en igualdad de condiciones a otros, de donde se sigue que la verdadera igualdad consiste en aplicar la ley o los casos ocurrentes según las diferencias, sin que ello impida que la legislación contemple en forma distinta situaciones que considera diferentes, cuando la discriminación no es arbitraria ni responde a un propósito de hostigamiento contra determinados individuos o clases de personas, ni encierra un indebido favor o privilegio personal o de grupo (CSJN, Fallos 182:355, 198:112 299:146, entre otros).

No escapa al conocimiento de este Tribunal las diversas sentencias extranjeras que abordaron la cuestión, las cuales citan los presentantes de fs. 178/201 ("Amicus Curiae"), y en las cuales consideraron inconstitucional las leyes que prohíben el matrimonio entre personas del mismo sexo. Pero también es cierto que otros fallos foráneos han considerado lo contrario. Por ello una norma es inconstitucional si la desigualdad que introduce carece de una justificación objetiva y razonable, basada en un interés constitucionalmente relevante, proporcionada respecto de su finalidad. La norma que establece que el matrimonio debe celebrarse entre personas de distinto sexo tiene una justificación absolutamente objetiva y razonable, que consiste en el interés del Estado en privilegiar las uniones que tienden a continuar la especie, sirven para la procreación y dan base a la familia, por lo

tanto, el distinto tratamiento es proporcionado con respecto a su finalidad. (Graciela Medina, "Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio", pág. 218).

En efecto la exigencia mencionada no es discriminatoria; es indudable que la ley, al pautar las condiciones que exige la aptitud nupcial, recoge valoraciones socioculturales obviamente compartidas por la comunidad en una época determinada. Sería discriminatoria una norma que impidiese el matrimonio de personas en razón de su orientación sexual; no es el caso de la ley argentina que no toma en cuenta, como ya se ha mencionado, dicha orientación. El matrimonio heterosexual no pretende colocar en situación de inferioridad a gays o lesbianas, ya que su orientación sexual, como tal, está abarcada por el principio de reserva que consagra el art. 19 de la Constitución Nacional. De igual modo, la ley no discrimina al padre, cuando establece que no puede casarse con su hija, o a la madre con su hijo, o al hermano con su hermana, o al yerno con la suegra. Tampoco discrimina cuando establece que el matrimonio anterior, mientras subsiste, impide la celebración de otro, aunque, por hipótesis una persona de fe musulmana pudiese invocar el Corán para sostener que su religión le permite sostener dos o tres esposas. Sería absurdo considerar que el impedimento discrimina, por razones religiosas, a los musulmanes. Se trata en todo caso de cuestiones que atañen a valoraciones de orden público familiar que responden a tradiciones seculares, como es la prohibición del incesto o la monogamia. La heterosexualidad también atañe a ese tipo de valoraciones.

En cuanto al argumento esbozado por las requirentes con respecto a que el art. 172 del Código Civil, resulta contrario a la Constitución Nacional y a los tratados internacionales, ha de señalarse que si bien aquéllos mencionan en sus textos que los "hombres y mujeres tienen derecho a casarse" (art. 16 Declaración Universal de Derechos Humanos), "toda persona tiene derecho a tener familia" (art. VI Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre), "se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer

matrimonio"(art. 17 Pacto de San José de Costa Rica); etc., son todas locuciones que puntualizan el derecho que toda persona tiene de casarse con una persona del sexo opuesto, pues es la esencia del connubio que sea formalizado entre un hombre y una mujer. Por otra parte, si se observan las fechas en que fueron firmados estos tratados, veremos que en esa época no se planteaban todavía este tipo de cuestiones, por lo cual el derecho que en ellos se consagra no puede ser otro que el que acabamos de conferirle. (Chechile, Ana M. "Homosexualidad y Matrimonio", JA. 2000-II-pág. 1095). Los tratados que reconocen el derecho a casarse emplean expresiones aproximadas a esta: derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio. Si bien no se especifican que la fórmula significa casarse "entre sí", parece cierto que no están imaginando el casamiento como derecho de un varón con otro varón, ni de una mujer con otra mujer, sino de un hombre con una mujer; sería bastante rebuscado hurgarle otro sentido. Es que en los tratados de derechos humanos no se han incorporado las valoraciones que tienden a catalogar la unión entre personas del mismo sexo como matrimonio (Bidart Campos, Germán J, obra citada "ut supra", pág. 723).

En efecto, más allá de la interpretación estrictamente literal, una interpretación integradora del sistema constitucional o una interpretación lógica de las expresiones a las que se hace referencia, permite concluir que la mención expresa del hombre y la mujer como titulares del derecho fundamental a contraer matrimonio limita su reconocimiento al celebrado entre ellos. De lo contrario, hubiera bastado con señalar el derecho de "todas las personas" a celebrar matrimonio, como se reconoce el derecho de toda persona a la vida, a la libertad, a la integridad, etcétera. (Andrés Gil Domínguez, María Victoria Fama, Marisa Herrera, "Derecho constitucional de familia" T. 1, pág. 152).

A los jueces compete la interpretación y aplicación de la ley a los casos concretos, y a la realización del control de su constitucionalidad. Pero no les corresponde sustituir a la ley o dejar de aplicarla recurriendo al deleznable

expediente de considerarla inconstitucional a pesar de no existir ninguna colisión con garantías constitucionales. Ello implicaría erigirse lisa y llanamente en legislador, contrariando la esencia del Estado de Derecho, la separación de los poderes y, por eso, la forma republicana de gobierno.

En su mérito, y de conformidad con lo dictaminado por el Ministerio Público Fiscal a fs. 176, se resuelve: Confirmar el pronunciamiento de fs. 143/146, con costas de Alzada a las vencidas (art. 68 del CPCCN). Regístrese, notifíquese a las partes y al Sr. Fiscal de Cámara en su despacho. Oportunamente, devuélvase. — Fernando Posse Saguier. — José Luis Galmarini. — Eduardo A. Zannoni.

Capítulo IX

Apéndice 3: Ley N° 26.618 (<http://www.infoleg.gov.ar/>)

MATRIMONIO CIVIL

Ley 26.618

Código Civil. Modificación.

Sancionada: Julio 15 de 2010

Promulgada: Julio 21 de 2010

El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso, etc. sancionan con fuerza de Ley:

ARTICULO 1º — Modifíquese el inciso 1 del artículo 144 del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente forma:

1. Cualquiera de los cónyuges no separado personalmente o divorciado vincularmente.

ARTICULO 2º — Sustitúyese el artículo 172 del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 172: Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por ambos contrayentes ante la autoridad competente para celebrarlo.

El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.

El acto que careciere de alguno de estos requisitos no producirá efectos civiles aunque las partes hubieran obrado de buena fe, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente.

ARTICULO 3º — Sustitúyese el artículo 188 del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 188: El matrimonio deberá celebrarse ante el oficial público encargado del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas que corresponda al domicilio de cualquiera de los contrayentes, en su oficina, públicamente, compareciendo los futuros esposos en presencia de dos testigos y con las formalidades legales.

Si alguno de los contrayentes estuviere imposibilitado de concurrir, el matrimonio podrá celebrarse en el domicilio del impedido o en su residencia actual, ante cuatro testigos. En el acto de la celebración del matrimonio, el oficial público leerá a los futuros esposos los artículos 198, 199 y 200 de este Código, recibiendo de cada uno de ellos, uno después del otro, la declaración de que quieren respectivamente constituirse en cónyuges, y pronunciará en nombre de la ley que quedan unidos en matrimonio.

El oficial público no podrá oponerse a que los esposos, después de prestar su consentimiento, hagan bendecir su unión en el mismo acto por un ministro de su culto.

ARTICULO 4º — Sustitúyese el artículo 206 del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 206: Separados por sentencia firme, cada uno de los cónyuges podrá fijar libremente su domicilio o residencia. Si tuviese hijos de ambos a su cargo, se aplicarán las disposiciones relativas al régimen de patria potestad.

Los hijos menores de CINCO (5) años quedarán a cargo de la madre, salvo causas graves que afecten el interés del menor. En casos de matrimonios constituidos por ambos cónyuges del mismo sexo, a falta de acuerdo, el juez resolverá teniendo en cuenta 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.

ARTICULO 5º — Sustitúyese el artículo 212 del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 212: El cónyuge que no dio causa a la separación personal, y que no demandó ésta en los supuestos que prevén los artículos 203 y 204, podrá revocar las donaciones hechas al otro cónyuge en convención matrimonial.

ARTICULO 6º — Sustitúyese el inciso 1 del artículo 220 del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente forma:

1. Cuando fuere celebrado con el impedimento establecido en el inciso 5 del artículo 166. La nulidad puede ser demandada por el cónyuge incapaz y por los que en su representación podrían haberse opuesto a la celebración del matrimonio. No podrá demandarse la nulidad después de que el cónyuge o los cónyuges hubieren llegado a la edad legal si hubiesen continuado la cohabitación, o, cualquiera fuese la edad, si hubieren concebido.

ARTICULO 7º — Modifíquese el inciso 1 del artículo 264 del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente forma:

1. En el caso de los hijos matrimoniales, a los cónyuges conjuntamente, en tanto no estén separados o divorciados, o su matrimonio fuese anulado. Se presumirá que los actos realizados por uno de ellos cuenta con el consentimiento del otro, salvo en los supuestos contemplados en el artículo 264 quáter, o cuando mediere expresa oposición.

ARTICULO 8º — Sustitúyese el artículo 264 ter del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 264 ter: En caso de desacuerdo entre los padres, cualquiera de ellos podrá acudir al juez competente, quien resolverá lo más conveniente para el interés del hijo, por el procedimiento más breve previsto por la ley local, previa audiencia de los padres con intervención del Ministerio Pupilar. El juez podrá, aun de oficio, requerir toda la información que considere necesaria, y oír al menor, si éste tuviese suficiente juicio, y las circunstancias lo aconsejaren. Si los desacuerdos fueren reiterados o concurriere cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirlo total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones, por el plazo que fije, el que no podrá exceder de DOS (2) años.

ARTICULO 9º — Sustitúyese el artículo 272 del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 272: Si cualquiera de los padres faltare a esta obligación, podrá ser demandado por la prestación de alimentos por el propio hijo, si fuese adulto, asistido por un tutor especial, por cualquiera de los parientes, o por el ministerio de menores.

ARTICULO 10. — Sustitúyese el artículo 287 del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 287: Los padres tienen el usufructo de los bienes de sus hijos matrimoniales o extramatrimoniales voluntariamente reconocidos, que estén bajo su autoridad, con excepción de los siguientes:

1. Los adquiridos mediante su trabajo, empleo, profesión o industria, aunque vivan en casa de sus padres.
2. Los heredados por motivo de la indignidad o desheredación de sus padres.
3. Los adquiridos por herencia, legado o donación, cuando el donante o testador hubiera dispuesto que el usufructo corresponde al hijo.

ARTICULO 11. — Sustitúyese el artículo 291 del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 291: Las cargas del usufructo legal de los padres son:

1. Las que pesan sobre todo usufructuario, excepto la de afianzar.
2. Los gastos de subsistencia y educación de los hijos, en proporción a la importancia del usufructo.
3. El pago de los intereses de los capitales que venzan durante el usufructo.
4. Los gastos de enfermedad y entierro del hijo, como los del entierro y funerales del que hubiese instituido por heredero al hijo.

ARTICULO 12. — Sustitúyese el artículo 294 del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 294: La administración de los bienes de los hijos será ejercida en común por los padres cuando ambos estén en ejercicio de la patria potestad. Los actos conservatorios pueden ser otorgados indistintamente por cualquiera de los padres.

Los padres podrán designar de común acuerdo a uno de ellos administrador de los bienes de los hijos, pero en ese caso el administrador necesitará el consentimiento expreso del otro para todos los actos que requieran también la autorización judicial. En caso de graves o persistentes desacuerdos sobre la administración de los bienes, cualquiera de los padres podrá requerir al juez competente que designe a uno de ellos administrador.

ARTICULO 13. — Sustitúyese el artículo 296 del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 296: En los TRES (3) meses subsiguientes al fallecimiento de uno de los padres, el sobreviviente debe hacer inventario judicial de los bienes del matrimonio, y determinarse en él los bienes que correspondan a los hijos, so pena de no tener el usufructo de los bienes de los hijos menores.

ARTICULO 14. — Sustitúyese el artículo 307 del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 307: Cualquiera de los padres queda privado de la patria potestad:

1. Por ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice de un delito doloso contra la persona o los bienes de alguno de sus hijos, o como coautor, instigador o cómplice de un delito cometido por el hijo.
2. Por el abandono que hiciere de alguno de sus hijos, para el que los haya abandonado, aun cuando quede bajo guarda o sea recogido por otro progenitor o un tercero.
3. 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.

ARTICULO 15. — Sustitúyese el artículo 324 del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 324: Cuando la guarda del menor se hubiese otorgado durante el matrimonio y el período legal se completara después de la muerte de uno de los cónyuges, podrá otorgarse la adopción al sobreviviente y el hijo adoptivo lo será del matrimonio.

ARTICULO 16. — Sustitúyese el artículo 326 del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 326: El hijo adoptivo llevará el primer apellido del adoptante, o su apellido compuesto si éste solicita su agregación. En caso que los adoptantes sean cónyuges de distinto sexo, a pedido de éstos podrá el adoptado llevar el apellido compuesto del padre adoptivo o agregar al primero de éste, el primero de la madre adoptiva. En caso que los cónyuges sean de un mismo sexo, a pedido de éstos podrá el adoptado llevar el apellido compuesto del cónyuge del cual tuviera el primer apellido o agregar al primero de éste, el primero del otro. Si no hubiere acuerdo acerca de qué apellido llevará el adoptado, si ha de ser compuesto, o sobre cómo se integrará, los apellidos se ordenarán alfabéticamente.

En uno y otro caso podrá el adoptado después de los DIECIOCHO (18) años solicitar esta adición.

Todos los hijos deben llevar el apellido y la integración compuesta que se hubiera decidido para el primero de los hijos.

Si el o la adoptante fuese viuda o viudo y su cónyuge no hubiese adoptado al menor, éste llevará el apellido del primero, salvo que existieran causas justificadas para imponerle el del cónyuge premuerto.

ARTICULO 17. — Sustitúyese el artículo 332 del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 332: La adopción simple impone al adoptado el apellido del adoptante, pero aquél podrá agregar el suyo propio a partir de los DIECIOCHO (18) años.

El cónyuge sobreviviente adoptante podrá solicitar que se imponga al adoptado el apellido de su cónyuge premuerto si existen causas justificadas.

ARTICULO 18. — Sustitúyese el artículo 354 del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 354: La primera línea colateral parte de los ascendientes en el primer grado, es decir de cada uno de los padres de la persona de que se trate, y comprende a sus hermanos y hermanas y a su posteridad.

ARTICULO 19. — Sustitúyese el artículo 355 del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 355: La segunda, parte de los ascendientes en segundo grado, es decir de cada uno de los abuelos de la persona de que se trate, y comprende al tío, el primo hermano, y así los demás.

ARTICULO 20. — Sustitúyese el artículo 356 del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 356: La tercera línea colateral parte de los ascendientes en tercer grado, es decir de cada uno de los bisabuelos de la persona de que se trate, y comprende sus descendientes. De la misma manera se procede para establecer las otras líneas colaterales, partiendo de los ascendientes más remotos.

ARTICULO 21. — Sustitúyese el artículo 360 del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 360: Los hermanos se distinguen en bilaterales y unilaterales. Son hermanos bilaterales los que proceden de los mismos padres. Son hermanos unilaterales los que proceden de un mismo ascendiente en primer grado, difiriendo en el otro.

ARTICULO 22. — Sustitúyese el artículo 476 del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 476: El cónyuge es el curador legítimo y necesario de su consorte, declarado incapaz.

ARTICULO 23. — Sustitúyese el artículo 478 del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 478: Cualquiera de los padres es curador de sus hijos solteros, divorciados o viudos que no tengan hijos mayores de edad, que puedan desempeñar la curatela.

ARTICULO 24. — Sustitúyese el inciso 3 del artículo 1.217, el que quedará redactado de la siguiente forma:

3. Las donaciones que un futuro cónyuge hiciere al otro.

ARTICULO 25. — Sustitúyese el inciso 2 del artículo 1.275, el que quedará redactado de la siguiente forma:

2. Los reparos y conservación en buen estado de los bienes particulares de cualquiera de los cónyuges.

ARTICULO 26. — Sustitúyese el artículo 1.299, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 1.299: Decretada la separación de bienes, queda extinguida la sociedad conyugal. Cada uno de los integrantes de la misma recibirán los suyos propios, y los que por gananciales les correspondan, liquidada la sociedad.

ARTICULO 27. — Sustitúyese el artículo 1.300, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 1.300: Durante la separación, cada uno de los cónyuges debe contribuir a su propio mantenimiento, y a los alimentos y educación de los hijos, en proporción a sus respectivos bienes.

ARTICULO 28. — Sustitúyese el artículo 1.301, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 1.301: Después de la separación de bienes, los cónyuges no tendrán parte alguna en lo que en adelante ganare el otro cónyuge.

ARTICULO 29. — Sustitúyese el artículo 1.315, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 1.315: Los gananciales de la sociedad conyugal se dividirán por iguales partes entre los cónyuges, o sus herederos, sin consideración alguna al capital propio de los cónyuges, y aunque alguno de ellos no hubiese llevado a la sociedad bienes algunos.

ARTICULO 30. — Sustitúyese el artículo 1.358 del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 1.358: El contrato de venta no puede tener lugar entre cónyuges, aunque hubiese separación judicial de los bienes de ellos.

ARTICULO 31. — Sustitúyese el inciso 2 del artículo 1.807 del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente forma:

2. El cónyuge, sin el consentimiento del otro, o autorización suplementaria del juez, de los bienes raíces del matrimonio.

ARTICULO 32. — Sustitúyese el artículo 2.560 del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 2.560: El tesoro encontrado por uno de los cónyuges en predio del otro, o la parte que correspondiese al propietario del tesoro hallado por un tercero en predio de uno de los cónyuges, corresponde a ambos como ganancial.

ARTICULO 33. — Sustitúyese el artículo 3.292 del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 3.292: Es también indigno de suceder, el heredero mayor de edad que es sabedor de la muerte violenta del autor de la sucesión y que no la denuncia a los jueces en el término de UN (1) mes, cuando sobre ella no se hubiese procedido de oficio. Si los homicidas fuesen ascendientes o descendientes, cónyuge o hermanos del heredero, cesará en éste la obligación de denunciar.

ARTICULO 34. — Sustitúyese el artículo 3.969 del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 3.969: La prescripción no corre entre cónyuges, aunque estén separados de bienes, y aunque estén divorciados por autoridad competente.

ARTICULO 35. — Sustitúyese el artículo 3.970 del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 3.970: La prescripción es igualmente suspendida durante el matrimonio, cuando la acción de uno de los cónyuges hubiere de recaer contra el otro, sea por un recurso de garantía, o sea porque lo expusiere a pleitos, o a satisfacer daños e intereses.

ARTICULO 36. — Sustitúyese el inciso c) del artículo 36 de la Ley 26.413, el que quedará redactado de la siguiente forma:

c) El nombre y apellido del padre y de la madre o, en el caso de hijos de matrimonios entre personas del mismo sexo, el nombre y apellido de la madre y su cónyuge, y tipo y número de los respectivos documentos de identidad. En caso de que carecieren de estos últimos, se dejará constancia de edad y nacionalidad, circunstancia que deberá acreditarse con la declaración de DOS (2) testigos de conocimiento, debidamente identificados quienes suscribirán el acta;

ARTICULO 37. — Sustitúyese el artículo 4º de la Ley 18.248, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 4º: Los hijos matrimoniales de cónyuges de distinto sexo llevarán el primer apellido del padre. A pedido de los progenitores podrá inscribirse el apellido compuesto del padre o agregarse el de la madre. Si el interesado deseara llevar el apellido compuesto del padre, o el materno, podrá solicitarlo ante el Registro del Estado Civil desde los DIECIOCHO (18) años. Los hijos matrimoniales de cónyuges del mismo sexo llevarán el primer apellido de alguno de ellos. A pedido de éstos podrá inscribirse el apellido compuesto del cónyuge del cual tuviera el primer apellido o agregarse el del otro cónyuge. Si no hubiera acuerdo acerca de qué apellido llevará el adoptado, si ha de ser compuesto, o sobre cómo se integrará, los apellidos se ordenarán alfabéticamente. Si el interesado deseara llevar el apellido compuesto del cónyuge del cual tuviera el primer apellido, o el del otro cónyuge, podrá solicitarlo ante el Registro del Estado Civil desde los DIECIOCHO (18) años.

Una vez adicionado el apellido no podrá suprimirse.

Todos los hijos deben llevar el apellido y la integración compuesta que se hubiera decidido para el primero de los hijos.

ARTICULO 38. — Sustitúyese el artículo 8º de la Ley 18.248, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 8º: Será optativo para la mujer casada con un hombre añadir a su apellido el del marido, precedido por la preposición "de".

En caso de matrimonio entre personas del mismo sexo, será optativo para cada cónyuge añadir a su apellido el de su cónyuge, precedido por la preposición "de".

ARTICULO 39. — Sustitúyese el artículo 9º de la Ley 18.248, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 9º: Decretada la separación personal, será optativo para la mujer casada con un hombre llevar el apellido del marido.

Cuando existieren motivos graves los jueces, a pedido del marido, podrán prohibir a la mujer separada el uso del apellido marital. Si la mujer hubiera optado por usarlo, decretado el divorcio vincular perderá tal derecho, salvo acuerdo en contrario o que por el ejercicio de su industria, comercio o profesión fuese conocida por aquél y solicitare conservarlo para sus actividades.

Decretada la separación personal, será optativo para cada cónyuge de un matrimonio entre personas del mismo sexo llevar el apellido del otro.

Cuando existieren motivos graves, los jueces, a pedido de uno de los cónyuges, podrán prohibir al otro separado el uso del apellido marital. Si el cónyuge hubiere optado por usarlo, decretado el divorcio vincular perderá tal derecho, salvo acuerdo en contrario o que por el ejercicio de su industria, comercio o profesión fuese conocida/o por aquél y solicitare conservarlo para sus actividades.

ARTICULO 40. — Sustitúyese el artículo 10 de la Ley 18.248, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 10: La viuda o el viudo está autorizada/o para requerir ante el Registro del Estado Civil la supresión del apellido marital.

Si contrajere nuevas nupcias, perderá el apellido de su anterior cónyuge.

ARTICULO 41. — Sustitúyese el artículo 12 de la Ley 18.248, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 12: Los hijos adoptivos llevarán el apellido del adoptante, pudiendo a pedido de éste, agregarse el de origen. El adoptado podrá solicitar su adición ante el Registro del Estado Civil desde los DIECIOCHO (18) años.

Si mediare reconocimiento posterior de los padres de sangre, se aplicará la misma regla.

Cuando los adoptantes fueren cónyuges, regirá lo dispuesto en el artículo 4º.

Si se tratare de una mujer casada con un hombre cuyo marido no adoptare al menor, llevará el apellido de soltera de la adoptante, a menos que el cónyuge autorizare expresamente a imponerle su apellido.

Si se tratare de una mujer o un hombre casada/o con una persona del mismo sexo cuyo cónyuge no adoptare al menor, llevará el apellido de soltera/o del adoptante, a menos que el cónyuge autorizare expresamente a imponerle su apellido.

Cuando la adoptante fuere viuda o viudo, el adoptado llevará su apellido de soltera/o, salvo que existieren causas justificadas para imponerle el de casada/o.

Cláusula complementaria

ARTICULO 42. — *Aplicación.* Todas las referencias a la institución del matrimonio que contiene nuestro ordenamiento jurídico se entenderán aplicables tanto al matrimonio constituido por DOS (2) personas del mismo sexo como al constituido por DOS (2) personas de distinto sexo.

Los integrantes de las familias cuyo origen sea un matrimonio constituido por DOS (2) personas del mismo sexo, así como un matrimonio constituido por personas de distinto sexo, tendrán los mismos derechos y obligaciones.

Ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino podrá ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones, tanto al matrimonio constituido por personas del mismo sexo como al formado por DOS (2) personas de distinto sexo.

ARTICULO 43. — Comuníquese al Poder Ejecutivo nacional.

DADA EN LA SALA DE SESIONES DEL CONGRESO ARGENTINO, EN BUENOS AIRES, A LOS QUINCE DIAS DEL MES DE JULIO DEL AÑO DOS MIL DIEZ.

— REGISTRADA BAJO EL Nº 26.618 —

JOSE J. B. PAMPURO. — EDUARDO A. FELLNER. — Enrique Hidalgo. — Juan J. Canals.

— FE DE ERRATAS —

Ley 26.618

En la edición del día 22 de julio de 2010 en la que se publicó la citada norma se deslizó el siguiente error de imprenta en la página 4:

DONDE DICE: JUAN J. B. PAMPURO. — EDUARDO A. FELLNER. — Enrique Hidalgo. — Juan H. Estrada.

DEBE DECIR: JUAN J. B. PAMPURO. — EDUARDO A. FELLNER. — Enrique Hidalgo. — Juan J. Canals.

Capítulo X

Recortes Periodísticos:

Es ley el matrimonio entre homosexuales

El proyecto impulsado por el gobierno nacional consiguió 33 votos a favor y 27 en contra; hubo 3 abstenciones y 9 ausencias

Jueves 15 de julio de 2010 | Publicado en edición impresa

Gustavo Ybarra Redacción LA NACION¹⁵⁰

El Senado sancionó esta madrugada la ley que consagra el matrimonio civil entre personas del mismo sexo, luego de una votación que coronó casi 14 horas de arduo debate en el que se enfrentaron convicciones personales y consideraciones jurídicas y políticas, y que terminó habilitando las nupcias entre homosexuales por 33 votos a favor y 27 en contra y tres abstenciones.

La amplitud del resultado se debió a que, tras fracasar la votación por el rechazo al proyecto, que había obtenido dictamen de mayoría y que fue desestimada por 32 votos a 30, varios opositores al matrimonio gay abandonaron enojados el recinto.

Sin embargo, esta última votación dejó al descubierto la importancia que adquirieron varios factores externos al debate parlamentario y sin los cuales el matrimonio homosexual hubiera fracasado en el Senado. Es el caso de las dos senadoras oficialistas invitadas por Cristina Kirchner a su viaje a China (Ada Iturriz y Marina Riófrío, sobre lo que se informa por separado), las abstenciones del oficialista Fabio Biancalani (Chaco), de la rionegrina María José Bogiorno (Frente Grande) y de Graciela Di Perna (PJ-Chubut), además de la sorpresiva ausencia del radical Emilio Rached (Santiago del Estero), que, según confiaron voceros legislativos, se retiró del Senado para no votar en contra del proyecto.

El debate concluyó a las 4.07 en medio de una fuerte tensión, producto de las críticas a la Iglesia de parte del jefe de la bancada oficialista, Miguel Pichetto (Río Negro), a la que acusó de haber tensado el debate con el Poder Ejecutivo a partir de haber "adoptado posiciones trogloditas".

Curiosamente, durante la mayoría de las casi 14 horas de debate, la inclusión en el Código Civil de la denominada boda gay no tuvo asegurada su sanción definitiva. Esto fue así porque un grupo de radicales pretendía introducir modificaciones a la iniciativa en un eventual debate en particular, es decir, artículo por artículo. Si eso hubiera ocurrido, el proyecto debería haber vuelto en segunda revisión a la Cámara baja.

¹⁵⁰ <http://www.lanacion.com.ar/1284861-es-ley-el-matrimonio-entre-homosexuales>

Por otra parte, si bien se dijo que un sector buscaba crear la figura de la unión familiar igualitaria, esa postura cambió en principio para limitarse a modificaciones menores en seis artículos. A favor de este sector jugaba el hecho de que, sin esos votos, el kirchnerismo no iba a tener forma de sancionar el proyecto tal como lo votó la Cámara baja y hubiera sufrido el rechazo de varias cláusulas, por lo que hubiera vuelto a Diputados. Pero nada de eso hizo falta.

El debate, en el que se anotaron 50 de los 72 senadores, giró sobre tres ejes –jurídico, religioso y político- y obligó a varios legisladores, que habían mantenido en secreto su postura, a definirse.

Así, el kirchnerista puntano Daniel Pérsico anunció su voto negativo al matrimonio, mientras que el misionero Luis Viana, también oficialista, se hizo presente en el recinto para ratificar su rechazo al proyecto.

También sorprendió Bongiorno al anunciar su abstención, luego de que primero dijo que apoyaba el matrimonio y tras haber firmado, hace una semana, el dictamen que lo rechaza.

El debate empezó cuando tomó la palabra la presidenta de la Comisión de Legislación General, Liliana Negre de Alonso (PJ-San Luis), impulsora del rechazo a la iniciativa, a la que criticó porque –dijo "viola el derecho de las mujeres, al utilizar un lenguaje neutro" para referirse a los miembros de las parejas contrayentes.

La primera voz en favor del matrimonio partió del oficialismo. La jujeña Liliana Fellner justificó la iniciativa en la necesidad de garantizar "el derecho a la igualdad" para la comunidad homosexual y retrucó a quienes se oponen a la adopción para las parejas homosexuales al afirmar que "ya es una realidad, porque el Código Civil no exige orientación civil para adoptar".

En el mismo sentido se manifestó Luis Juez (Frente Cívico-Córdoba), que consideró que "no hay impedimento en el derecho positivo que permita soslayar una situación que existe así nos tapemos los ojos".

Diferentes

Sin embargo, el peronista disidente Roberto Basualdo (San Juan) negó que se puedan equiparar las parejas heterosexuales a las homosexuales porque –opinó "a las cosas diferentes hay que tratarlas diferentes".

La catamarqueña oficialista Lucía Corpacci le replicó al decir que no se estaba legislando sobre un principio religioso. "Lo que estamos haciendo es extender un derecho a aquellas personas que quieren ejercerlo independientemente de su condición sexual", sentenció.

El radical Mario Cimadevilla (Chubut) inauguró el costado político del debate, al afirmar: "[Se produce] en un clima que no se puede obviar, donde la Presidenta y su marido utilizan este tema para crispar y dividir a la sociedad".

La oficialista Adriana Bortolozzi (Formosa) acusó al Poder Ejecutivo de "distraer a la sociedad de los temas fundamentales" y se permitió ironizar sobre el viaje de dos senadoras a China: "Ahora, en vez del calabozo, es el avión presidencial", disparó.

Las críticas más duras al proyecto partieron de Sonia Escudero (PJ-Salta), quien dijo que la iniciativa "favorece claramente a las parejas homosexuales" al permitirles a las mujeres elegir el apellido de sus hijos y eliminar la obligación de tener que esperar tres años antes de poder adoptar.

Según la senadora salteña, el proyecto de Diputados "es sólo declarativo", ya que "no entra en una reforma integral" del Código Civil. "No se ha estudiado el impacto sobre los derechos de los niños", dijo Escudero, que consideró a la familia "como piedra angular para la filiación a partir del matrimonio heterosexual".

El mismo sentido se expresó el kirchnerista Rolando Bermejo (Mendoza) al afirmar, desde su experiencia luego de haber quedado viudo, que una "familia necesita de una mujer".

A su turno, la oficialista Beatriz Rojkés de Alperovich (Tucumán) defendió el matrimonio entre personas del mismo sexo y acusó a quienes se oponen a la figura de estar en contra del progreso social. "No es casual que quienes rechazan esto sean los mismos que se opusieron al matrimonio civil, al voto femenino y a las campañas [para prevenir y tratar] el VIH", afirmó.

En favor del proyecto se manifestó el radical Alfredo Martínez (Santa Cruz), quien destacó que el Congreso "debe legislar para las minorías" y que, cuando lo hace, "debe saber que una mayoría no está de acuerdo", tras lo cual afirmó que, "para igualar, hay que igualar para arriba", con lo cual rechazó la alternativa de la unión civil o la unión familiar y defendió el matrimonio.

Sin embargo, la bonaerense Hilda González de Duhalde (PJ) negó que exista discriminación al no permitir el matrimonio a las parejas homosexuales. "Si hablamos de discriminación, por qué no nos preocupamos por la gente que está durmiendo en las calles", agregó, en clara crítica a las prioridades del Gobierno respecto de otros hechos sociales cotidianos.

En favor del matrimonio gay: José Pampuro (FPV-Buenos Aires); Nancy Parrilli (FPV-Neuquén); Eric Calcagno (FPV-Buenos Aires); Eugenio Artaza (UCR-Corrientes); Marcelo Guinle (FPV-Chubut); Miguel Pichetto (FPV-Río Negro); Marcelo Fuentes (FPV-Neuquén); María E. Estenssoro (CC-capital); Ada Maza (FPV-la rioja); Alfredo Martínez (UCR-Santa Cruz); Liliana Fellner (FPV-Jujuy); Gerardo Morales (UCR-Jujuy); Daniel Filmus (FPV-Capital); Eduardo Torres (FPV-Misiones); Luís Juez (Frente Cívico-Córdoba); Rubén Giustiniani (Socialista-S fe); Norma Morandini (FC-Córdoba); Samuel Cabanchik (Probafé-Capital); Pedro Guastavino (FPV-Entre Ríos); Beatriz Rojkes (FPV-Tucumán); José Martínez (B. Tierra del Fuego); María Díaz (b. Tierra del Fuego); Ernesto Sanz (UCR-Mendoza); Nicolás Fernández (FPV-Santa Cruz); Blanca Osuna (FPV-Entre Ríos); Elena Corregido (FPV-Chaco); Roxana Latorre (PJ-Santa Fe); Teresita Quintela (FPV-La Rioja); Jorge Banicevich (FPV-Santa Cruz);

Ana Corradi (FPV-s. del Estero); Lucia Corpacci (fpv-Catamarca); Oscar Castillo (FC-Catamarca); Mario Colazo (FPV-Tierra del Fuego).

En contra del matrimonio gay: Agustín Pérez Alsina (Ren.-Salta); José Roldán (UCR-Corrientes); Mario Cimadevilla (UCR-Chubut); Pablo Verani (UCR-Río Negro); José Cano (UCR-Tucumán); Adolfo Bermejo (FPV-Mendoza); Roy Nikkisch (UCR-Chaco); César Gioja (FPV-San Juan); Sonia Escudero (PJ-Salta); Blanca Monllau (FC-Catamarca); Guillermo Jenefes (FPV-Jujuy); Hilda de Duhalde (PJ-Buenos Aires); Luis Naidenoff (UCR-Formosa); Arturo Vera (UCR-Entre Ríos); Liliana Negre (PJ-San Luis); Josefina Meabe (Liberal-Corrientes); Adriana Bortolozzi (FPV-Formosa); Roberto Basualdo (PJ-San Juan); Ramón Mestre (UCR-Córdoba); Carlos Verna (PJ-La Pampa); María Higonet (PJ-La Pampa); Juan Carlos Marino (UCR-La Pampa); Laura Montero (UCR-Mendoza); Horacio Loes (MPN-Neuquén); Luis Viana (FPV-Misiones); Daniel Persico (FPV-San Luis); José Mayans (FPV-Formosa).

Abstenciones: María Bongiorno (FG-Río Negro); Graciela Di Perna (PJ-Chubut); Fabio Biancalani (FPV-Chaco).

Ausentes: María Riofrío (FPV-San Juan); Ada Iturrez (FPV-S, del Estero); Juan Carlos Romero (PJ-Salta); Carlos Reutemann (PJ-Santa Fe); Adolfo Rodríguez Saá (PJ-San Luis); Carlos Menem (PJ-La Rioja); Sergio Mansilla (FPV-Tucumán); Emilio Rached (UCR-S. del Estero); Elida Vigo (FPV-Misiones).

Un proyecto sin consenso y jurídicamente defectuoso

Diario Clarín.com. Opinión/Debate

13/07/10 - 01:42

Por [Sonia Escudero - SENADORA NACIONAL \(SALTA, PERONISMO FEDERAL\)](#)¹⁵¹

Para cambiar la institución del matrimonio, hacen falta tiempo y consenso. Ninguno de estos elementos estuvo presente. En Diputados se trató menos de 2 meses; en Senadores los presidentes de las bancadas mayoritarias nos impusieron sólo uno. Tampoco existe consenso: quedó demostrado a lo largo de las audiencias públicas que la mayoría de la ciudadanía argentina no está de acuerdo. No debería extrañarnos: sólo 7 países en el mundo contemplan la figura del matrimonio para personas del mismo sexo, y allí tampoco les otorgan los mismos derechos a unas u otras parejas. A su vez, estos países tienen dos cosas que nosotros no: regulación sobre fertilización asistida y un régimen de filiación abierto. De este modo, en nuestro sistema se presumen hijos del marido los dados a luz por su esposa. Esta norma, tal como está redactada, creará sin dudas un caos filiatorio. Dos mujeres o dos hombres podrán anotar como propio un hijo en el Registro. ¿Y el derecho humano de ese niño a conocer su identidad biológica? ¿Podrá reclamar la paternidad o maternidad biológica de su

¹⁵¹ http://www.clarin.com/opinion/proyecto-consenso-juridicamente-defectuoso_0_297570415.html

verdadero progenitor? ¿Tendría entonces ese niño tres padres? ¿Cómo se discerniría la patria potestad del menor?

Las incongruencias de este proyecto siguen: un hombre casado con una mujer, en caso de disputa, pierde a favor de su esposa la tenencia de su hijo menor de 5 años. Tiene menos derechos que un hombre casado con otro hombre, donde el juez va a decidir a quién le da la tenencia según el interés del menor. Una mujer casada con un hombre no puede elegir darles su apellido a los hijos. Una mujer casada con otra mujer tendrá ese derecho. Un hombre y una mujer tienen que esperar 3 años de casados para poder adoptar. Un matrimonio de personas del mismo sexo no tendrá que esperar ni un día. ¿Cuál es entonces el verdadero proyecto de la igualdad y la no discriminación?

Las múltiples imprevisiones e incoherencias de esta iniciativa son la consecuencia de una labor llevada a cabo de manera superficial e ingenua. Así, se hizo desaparecer del Código Civil la palabra "esposa" o "madre", sustituyéndola por "cónyuges" y "progenitores". Tan mala fue la técnica legislativa que donde se pretendía un cambio la reforma será neutra: progenitores siempre van a ser un hombre y una mujer. Acordamos con que no se debe discriminar a nadie por la elección sexual. Pero las leyes no tienen la virtualidad de cambiar la realidad: la discriminación se combate con educación, no con imposición.

La Comunidad Homosexual Argentina (CHA) presentó un proyecto de Unión Civil en el 2005. Fue justamente esa iniciativa la que tuvimos como base para el dictamen de mayoría firmado el martes 6. Queda claro que la Unión Civil nunca fue una "opción de segunda". Fue su primera opción: una institución moderna y flexible, más consensuada que el matrimonio tradicional. Esta figura no sólo va a ser útil para las parejas del mismo sexo. Probablemente también atraiga, por su perfil contractual y consensuado, a las parejas heterosexuales que descreen del matrimonio.

En la Argentina la mitad de los niños nacen en relaciones de hecho. Es falso que una vez rechazado el proyecto de matrimonio, no se pueda tratar a continuación la Unión Civil. No hay coincidencia ni de objeto, ni de sujeto, ni de forma.

Este proyecto es parte de la guerra que este gobierno le declaró a otro sector de la población. Primero fue la 125 contra el campo. Después la ley de medios contra Clarín. Ahora es la ley de matrimonio contra la Iglesia. ¿Cuándo vamos a poder discutir leyes a favor de la población y no con el solo motivo de perjudicar a un sector?

Para un juez, el matrimonio gay va contra los derechos del niño¹⁵²

infobae.com

16-06-10 | GENERAL

El juez de la Cámara Civil Mauricio Mizrahi sostuvo en **Radio 10** que el casamiento entre homosexuales sometería a sus hijos a una **paternidad "desfigurada"**. **"Un niño tiene derecho a nacer con un padre y una madre"**, afirmó.

¹⁵² <http://www.infobae.com/general/521576-101275-0-Ley-de-matrimonio-gay:-jueces-criticaron-con-dureza-el-proyecto>

El Senado llevó adelante ayer una nueva jornada de debate del proyecto que permitiría el matrimonio entre personas del mismo sexo, en una reunión de comisión en la que **abundaron las críticas a la iniciativa**.

En el Salón Arturo Illia, la Comisión de Legislación General recibió, entre otros, al juez de la Cámara Civil **Mauricio Mizrahi**, quien declaró **espera que el Senado "no apruebe" el proyecto porque, según dijo, "genera la procreación de niños mutilados en la mitad de su ascendencia, un niño criado en un matrimonio homosexual no va a tener madre o no va a tener padre"**.

"Ha sido un gran error la aprobación que ha hecho la Cámara de Diputados, porque ha hecho una **suerte de identificación entre la pareja homosexual y heterosexual cuando ambas son muy diferentes**", agregó esta mañana Mizrahi, en diálogo con Oscar González Oro por **Radio 10**.

En ese sentido, explicó que si bien considera que **el Congreso tiene una "deuda" con la comunidad homosexual** y que es necesario reconocer los derechos de las parejas del mismo sexo con una **ley de unión civil nacional**, **"no se puede hacer una identificación, hablar de matrimonio en la pareja homosexual, porque ahí entonces afectamos los derechos de terceros que son los niños, la humanidad en ascenso"**.

Mizrahi remarcó que teme que una modificación del Código Civil de este tipo determine **"una expansión inusitada de la procreación asistida heteróloga"**, en consecuente perjuicio de las generaciones venideras.

Entre los presuntos problemas que enfrentaría el menor se encuentran la **maternidad o paternidad "desfigurada, desdoblada en dos figuras"**, que generaría en él una **"amputación" de la "mitad de su ascendencia"**, explicó el juez de la Cámara Civil.

"Nosotros tenemos una ley, que es la ley del niño, la 26.061, que (dice que) por más derecho que quiera invocar el adulto a querer procrear, **cuando entra en conflicto con los derechos de los niños deben prevalecer estos últimos. Y un niño tiene derecho a nacer con un padre y con una madre**", sostuvo Mizrahi.

Otras opiniones en contra

Eduardo Sambrizzi, de la Corporación de Abogados Católicos, coincidió ayer con Mizrahi frente a los senadores de la comisión, cuando afirmó que **"tener dos madres o dos padres viola los derechos del niño"**.

Además, advirtió que **"a la sociedad no se la ha consultado sobre el tema y no se puede legislar a espaldas del pueblo**. Esto es lo que se está haciendo con el proyecto".

Por su parte, el titular de la Asociación de Abogados por la Justicia y la Concordia, **Alberto Solanet**, señaló que si la iniciativa es aprobada el 14 de julio, **lo que resulte de ella "será cualquier cosa, pero no matrimonio"**.

"El bien común depende de las familias formadas por matrimonios. Con la aprobación de este proyecto no se evita la discriminación, sino que se tortura la realidad y se producirá un quiebre en la médula de la sociedad argentina", concluyó Solanet.

A su turno, **Francisco Roggerio**, en representación del Colegio de Abogados de la ciudad de Buenos Aires, sostuvo que **algunos estudios indican que "las parejas homosexuales son inestables"**, e interpeló a los senadores: **"Les pido se pregunten, si tuviesen un accidente, si les darían sus hijos a una pareja homosexual"**.

Por la tarde se dio la exposición más extensa, que estuvo a cargo de la jueza federal **Graciela Medina**. Ella advirtió que estaba de acuerdo con el casamiento entre personas del mismo sexo **pero no con la letra del proyecto, a la que calificó como una "improvisación legislativa"**.

"Para permitir el matrimonio homosexual hay que cambiar la esencia de las instituciones, no se puede dejar esta ley librada al azar", señaló Medina, quien advirtió, en primer lugar, que el proyecto **"elimina a la mujer al hablar de padres y de contrayentes"**.

También recalcó que **"el progenitor biológico está obligado a reconocer al menor"** por lo que el proyecto **debería explicar "cómo ejercer la patria potestad de a tres"** en caso de que el niño sea adoptado por una pareja homosexual.

"Todos tenemos que tener los mismos derechos. Entonces, ¿por qué las mujeres homosexuales van a tener el derecho de dar su apellido a los hijos y las mujeres de matrimonios heterosexuales no?", interrogó la jueza.

Medina señaló que **"los siete países que admitieron el matrimonio homosexual, antes hicieron reformas serias"**.

La magistrada argumentó que **"está bien se hagan modificaciones, pero tienen que regir para todos, no sólo para los homosexuales"**, y concluyó: **"Tengo esperanza de que el Senado sancione una ley de matrimonio que proteja los derechos humanos de todos y todas"**.

En la misma línea, el titular del Juzgado Nacional en lo Civil N°85, Félix Igarzábal, **pidió que la ley "sea clara" y sostuvo que "es importante que los legisladores devuelvan el proyecto (a Diputados) porque que no se lo está cuidando"**.

La titular del Juzgado Nacional en lo Civil, **Martha Gómez Alsina**, señaló que tanto la legislación nacional como los tratados internacionales refieren al matrimonio como la unión entre "hombre y mujer", y que al modificar esto **"el Estado estaría incumpliendo un tratado"**.

"El Estado no puede justificar el incumplimiento de un tratado equivocando el derecho interno de su país. Sancionando en estos términos la reforma estaríamos lesionando este derecho y podríamos decir que el Estado y la sociedad no están protegiendo debidamente a la familia", afirmó.

A fines de la semana pasada, la comisión presentó el debate en las provincias de Chaco, Corrientes y Salta, y hoy, luego de una nueva reunión a las 10, los senadores se trasladarán a Catamarca y Tucumán.

Capítulo XI

Bibliografía Utilizada:

- Belluscio, Augusto César. "Manual de derecho de familia"; tomo I; Editorial Astrea; séptima edición actualizada y ampliada; Buenos Aires; Año 2002
- Bidart Campos, Germán. "Matrimonio y unión entre personas del mismo sexo"; ED 164-718
- Borda, Guillermo. "Manual de derecho de familia"; Editorial Abeledo Perrot; décimo segunda edición actualizada; Buenos Aires; Año 2004
- Borda, Guillermo. "Tratado de derecho Civil, Familia 1 y 2"; Editorial Abeledo Perrot; novena edición aumentada y corregida; Buenos Aires; Año 1993
- Bossert, Gustavo – Zannoni, Eduardo. "Manual de derecho de familia"; Editorial Astrea; quinta edición actualizada y ampliada; Buenos Aires; Año 2000
- Cafferata, José I. "Derecho de Familia"; Matrimonio; tomo I; Editorial Mediterránea; primera edición; Buenos Aires; Año 2005
- Chechile, Ana M. "Homosexualidad y Matrimonio"; JA 2000-II-1090
- Derecho de Familia; Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia; Directoras: Cecilia Grosman, Aída Kemelmajer de Carlucci y Nora Lloveras; Abeledo Perrot; 2011-I
- Diccionario Manual Jurídico; Editorial Abeledo Perrot; tercera edición; Año 2008
- Mazzinghi, Jorge Adolfo - Borda, Guillermo A. "Derecho de familia: el matrimonio como acto jurídico"; Editorial Depalma; tercera edición; Buenos Aires; Año 1995
- Medina, Graciela. "Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio"; Editorial Rubinzal – Culzoni; primera edición; Santa Fe (Argentina); Año 2001
- Mizrahi, Mauricio L. "Familia, Matrimonio y Divorcio"; Editorial Astrea; segunda edición; Buenos Aires; Año 1998
- R., M. de la C. y otra C. registro Nacional de Estado y Capacidad de las personas, 22/06/2007; JNciv, N° 88; publicado en: La ley 14/1 1/2007,8
- R., M de la C. y otra C. registro Nacional de Estado y Capacidad de las personas, 26/09/2007; CNciv, sala f.; publicado en: La ley 14/11/2007,9
- Scavone, Graciela M. "Como se escribe una Tesis"; Editorial La Ley; Buenos Aires; Año 2002

- Umberto Eco. "Cómo se hace una tesis"; Editorial Gedisa; Barcelona (España); primera edición; Año 2001
- Yuni y Urbano. "Recursos Metodológicos para la preparación de Proyectos de Investigación"; Editorial Brujas; segunda edición; Córdoba (Argentina); Año 2006
- Zannoni, Eduardo A. "Derecho de Familia"; Editorial Astrea; quinta edición; Buenos Aires; Año 2006

Sitios Web consultados:

- www.abogadoscristianos.org.ar/
- www.cha.org.ar/
- www.csjn.gov.ar/
- www.hcdn.gov.ar/
- www.infoleg.com.ar/
- www.inadi.gov.ar/
- www.lgbt.org.ar/
- www.rae.com.ar (Real Academia Española de Lengua)
- www.senado.gov.ar
- www.sigla.gov.ar/
- <http://es-wikipedia.org/wiki/matrimonio>
- http://es-wikipedia.org/wiki/matrimonio_entre_personas_del_mismosexo
- <http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=0574-d> 2010
- <http://www.cha.org.ar/articulo.php?art=138&cat=44>
- http://www.clarin.com/opinion/union-civil-peor-forma-discriminacion_0_297570322.html
- http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=1283023
- <http://www.sentidog.com/lat/2010/05/19/un-informe-denuncia-que-once-paises-de-latinoamerica-sancionan-la-homosexualidad/>
- <http://www.sentidog.com/lat/2010/06/18/el-mapa-de-la-homosexualidad-en-latinoamerica/>
- http://www.lacapital.com.ar//contenidos/2010/06/15/noticia_0070.html
- <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-142227-2010-03-18.html>
- http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=1206273
- http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=124275

Formulario descriptivo del Trabajo Final de Graduación

Identificación del Autor

Apellido y nombre del autor:	Huecke, Christian Gustavo
E-mail:	christianhuecke@hotmail.com
Título de grado que obtiene:	Abogado

Identificación del Trabajo Final de Graduación

Título del TFG en español	Matrimonio homosexual en la República Argentina
Título del TFG en inglés	Gay marriage in Argentina
Integrantes de la CAE	Dra. Adriana Warde – Dra. Verónica Taboas
Fecha de último coloquio con la CAE	23 de Junio de 2011
Versión digital del TFG: contenido y tipo de archivo en el que fue guardado	TFG - Formulario descriptivo TFG – Resumen – Abstract – (PDF)

Autorización de publicación en formato electrónico

Autorizo por la presente, a la Biblioteca de la Universidad Empresarial Siglo 21 a publicar la versión electrónica de mi tesis. (Marcar con una cruz lo que corresponda)

Publicación electrónica:

Después de...1... mes(es)

Firma del alumno