

APORTES AL DEBATE DE LA LEY DE MATRIMONIO PARA TODOS Y TODAS

Por Bruno Bimbi

Periodista y activista de la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans. Coautor del texto de los recursos de amparo por el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo presentados por distintas parejas con el patrocinio de dicha organización. Estudiante de la maestría en letras en la Pontificia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

“Hay un principio que constituye una barrera a toda la información, que está al abrigo de todas las discusiones y que logra mantener al hombre en una permanente ignorancia: colocar el desprecio delante de la investigación”

Herbert Spencer (citado por Francis Mondimore en “Una historia natural de la homosexualidad”).

Dentro de un tiempo, **será difícil para las nuevas generaciones comprender por qué en estos años las parejas formadas por dos hombres o dos mujeres no podían casarse de acuerdo a las leyes civiles, así como hoy resulta difícil comprender por qué hace poco más de medio siglo las mujeres no podían votar.** Los argumentos que hoy se esgrimen en contra de nuestros derechos civiles sonarán entonces tan burdos como hoy suenan los que alguna vez sirvieron para rechazar el voto femenino en virtud de “las diferencias naturales” entre hombres y mujeres o aquellos que rechazaban los matrimonios entre personas con distinto color de piel –prohibidos en algunos países– porque “Dios no quiere que las razas se junten”.

La legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo les cambiará la vida a muchas personas y las hará más felices, **sin perjudicar absolutamente a nadie.** La Argentina tiene, además, la oportunidad de ser el primer país de la región que garantiza la igualdad de derechos para lesbianas, gays, bisexuales y trans en el acceso al matrimonio civil, como ya lo hicieron Sudáfrica, España, Portugal, Canadá, Suecia, Bélgica, Holanda, Noruega, la Ciudad de México y los estados norteamericanos de Massachusetts, Connecticut, Iowa, Vermont, Maine, New Hampshire y Washington DC. **Nos ha tocado la oportunidad de ser los primeros de América Latina, pero seguramente no seremos los últimos.**

Para aportar a este paso histórico, pretendemos, mediante este trabajo, dar respuestas a algunos cuestionamientos, dudas e interrogantes que se han planteado desde el inicio del debate de los proyectos de ley de reforma al Código Civil.

En las próximas páginas, nos proponemos demostrar: 1) que la legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo cuenta con un amplio consenso social y político, 2) que aun si no fuera así, constituiría igualmente una obligación del Congreso, ya que la plena vigencia los derechos humanos de las minorías no puede supeditarse a la voluntad de las mayorías y la igualdad ante la ley es un imperativo constitucional, 3) que la reforma al Código Civil federalizará derechos que hoy sólo son accesibles a algunos ciudadanos y ciudadanas, principalmente de la Ciudad de Buenos Aires, 4) que la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo es violatoria de la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, 5) que la regulación del matrimonio civil no puede ser sometida a los criterios de ninguna confesión religiosa, como ya lo ha establecido nuestra CSJN, 6) que, sin embargo, la legalización del matrimonio civil entre personas del mismo sexo no

es incompatible con la religión ni va en contra de las creencias de nadie y, además, cuenta con el apoyo de la mayoría de los creyentes, 7) que el debate que se pretende instalar sobre la adopción parte de premisas falsas, ya que nuestra legislación actual ya permite a gays y lesbianas adoptar, 8) que lo que está en juego, en relación con la adopción, son los derechos de los niños y niñas, que la ley actual vulnera con graves consecuencias, 9) que, no obstante lo anterior, existe amplia evidencia científica que prueba que los reparos y temores con relación a la adopción de niños por parte de parejas del mismo sexo son infundados, 10) que, superadas las cuestiones antes planteadas, todos los argumentos que se han esgrimido contra la legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo son fácilmente refutables y no tienen otro fundamento que el prejuicio.

1. UNA LEY CON CONSENSO POLÍTICO Y SOCIAL

“A lo largo de la historia, las personas homosexuales, bisexuales y transexuales han sido segregadas, apartadas, estigmatizadas, torturadas y, muchas veces, condenadas a muerte. Y en muchos países lo siguen siendo. Los principios de libertad e igualdad son los que han guiado durante todos estos años el camino hacia el reconocimiento de la plena dignidad de todos los varones y mujeres. Dignidad que conlleva, por imperativo constitucional, ser plenos y plenas en derechos y deberes”.

(diputada Silvia Augsburger, en los fundamentos de su proyecto)

“Consagrar la igualdad de status civil jurídico social en la institución del matrimonio a todas las personas no sólo implica un desagravio a sectores sociales que han sido y siguen siendo marginados y perseguidos, sino que es fundamentalmente una conquista real y simbólica para toda la sociedad. Siempre que se iguala en derechos, la sociedad gana en libertades y ciudadanía”.

(diputada Vilma Ibarra, en los fundamentos de su proyecto)

La igualdad ante la ley es un mandato constitucional que no depende de las encuestas. No importa si la mayoría está de acuerdo o en desacuerdo con que los negros tengan los mismos derechos que los blancos, los judíos tengan los mismos derechos que los cristianos o las mujeres tengan los mismos derechos que los varones. La legitimidad de los derechos de las minorías no nace de la voluntad de las mayorías, ni es un regalo o una concesión que las mayorías realizan.

Sin embargo, no es un dato menor que la ley de matrimonio entre personas del mismo sexo sea una de los proyectos con más consenso social y político que ha debatido el Congreso en los últimos años. Pese a que algunos sectores muy extremistas se empeñen en instalar la idea de que el debate por los derechos civiles de gays y lesbianas “divide a la sociedad” o que se trata de un tema “polémico”, una **encuesta nacional** de la prestigiosa consultora *Analogías* muestra que **el 66,3% del país está a favor de esta reforma al Código Civil.** No sólo eso: el 56% de quienes profesan alguna religión y el 72% de quienes dicen que sólo creen en dios también está de acuerdo, mientras que la adhesión llega al 91% entre los no creyentes. Segmentado por zonas, en Capital y GBA, respondieron a favor 67% de los encuestados, mientras que en el interior (Rosario, Mendoza, San Miguel de Tucumán y Córdoba) el respaldo alcanza el 60%, desmitificando la idea de que el apoyo a la igualdad de derechos es exclusivo de los porteños. La segmentación por edad muestra, además, que el prejuicio envejece y las nuevas generaciones lo rechazan como algo del pasado: el sí promedia el 70% entre los encuestados de entre 16 y 45 años. ¿La sociedad no está preparada para el debate? A la hora de evaluar la oportunidad y las posibles consecuencias de un cambio en la legislación sobre matrimonio, el 71% de los encuestados opina que ya es momento de

hacerlo, el 68% dice que esa medida “ayudaría a combatir la discriminación” y el 63% que “sería un avance social y cultural para el país”.

También han realizado consultas online con similares resultados las páginas de internet de los principales diarios y, aunque en estos casos no se trate de encuestas, ya que no utilizan una muestra representativa, el resultado de algunas de esas consultas es significativo: en el diario *La Nación*, cuya línea editorial es claramente contraria a esta ley, se publicó un durísimo editorial en contra cuando comenzó el debate y, en la misma página, se les pedía a los lectores que votaran. **Votaron más de 50 mil lectores y más del 60% lo hizo a favor.** Sin embargo, aunque no hubiese encuestas, cualquiera puede fácilmente darse cuenta de que la mayoría de la sociedad apoya la ley, preguntándoles a sus familiares, amigos, vecinos o compañeros de trabajo y sacando la cuenta.

El proyecto de ley con media sanción de la Cámara de Diputados, que ahora debe ser revisado por el Senado, también tiene un enorme respaldo político. **La apoyan dirigentes con posiciones ideológicas y políticas** tan distintas como Néstor Kirchner, Aníbal Fernández, Agustín Rossi, Miguel Angel Pichetto, María José Lubertino, Mauricio Macri, Pinky, Paula Bertol, Felipe Solá, Ulises Forte, Ricardo Alfonsín, Gerardo Morales, Ernesto Sanz, Margarita Stolbizer, Patricia Bullrich, Adrián Perez, Diana Maffia, Hermes Binner, Rubén Giustiniani, Roy Cortina, Fabiana Ríos, Luis Juez, Eduardo Macaluse, Martín Sabbatella, Carlos Heller, Aníbal Ibarra, Pino Solanas, Claudio Lozano, Patricia Walsh, Jorge Altamira, Patricio Echegaray, Vilma Ripoll, entre muchos otros. También cuenta con el respaldo institucional del Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI) y su presidente, Claudio Morgado.

De hecho, los proyectos de ley en debate, presentados por las diputadas **Silvia Augsburger (MC)** y **Vilma Ibarra** –a los que se sumaron los proyectos presentados por la propia Federación Argentina LGBT y el INADI– fueron firmados por legisladores/as de casi todos los bloques políticos, ya que nos propusimos, desde un principio, alejar este tema de la disputa partidaria, porque la igualdad ante la ley es un principio constitucional irrenunciable y debería contar con el respaldo de todos los sectores. **Entre los firmantes de los proyectos están los presidentes de varios bloques y diputados y diputadas que, probablemente, no están de acuerdo entre sí en casi ningún otro tema.**

Lo mismo ha comenzado a suceder también en el senado: ¿cuándo antes se había visto a los presidentes de la mayoría de los bloques –**Miguel Angel Pichetto, Gerardo Morales, María Eugenia Estensoro, Rubén Giustiniani, Luis Juez, María Rosa Díaz, Samuel Cabanchik**–, junto a otros senadores y senadoras de distintos bloques, como **Ernesto Sanz, Blanca Osuna, Nicolás Fernández, Elena Corregido, Marcelo Fuentes, Eric Calcagno, Norma Morandini** y **Daniel Filmus**, entre otros, **participar juntos** de una conferencia de prensa en apoyo a un proyecto de ley, como lo hicieron para apoyar la ley de matrimonio entre personas del mismo sexo?

También **se han pronunciado a favor de esta ley los secretarios generales de la CGT y la CTA**, Hugo Moyano y Hugo Yasky; **referentes indiscutidos de la lucha por los derechos humanos** como Estela Carlotto, Hebe de Bonafini, Nora Cortiñas, Adriana Calvo y otros; **referentes de la cultura** como Juan José Campanella, Ricardo Darín, Norma Aleandro, Alfredo Alcón, Cecilia Roth, Guillermo Francella, Mercedes Morán, Gerardo Romano, Luis Brandoni, Arturo Bonín, Luciano Castro, Natalia Oreiro, Gonzalo Heredia, Florencia Peña, Valeria Bertucelli, Raúl Taibo, Enrique Pinti, Celeste Cid, Griselda Siciliani, Virginia Innocenti, Julio Bocca, Andrés Calamaro, Mariano Otero, Vicentico, Ignacio Copani, León Gieco, Liliana Herrero; **periodistas** como Eduardo Aliverti, Luis Majul, Víctor Hugo Morales, Osvaldo Bazán, Adrián Paenza, Roberto Petinatto, Andrés Osojnik, Mario Wainfeld, Nancy Pazos, etc. La lista es larguísima y podría seguir.

La iniciativa cuenta, por otra parte, con la opinión favorable de destacados juristas y profesores de derecho constitucional que se han expresado a través de los medios de comunicación. Por ejemplo, Mónica Pinto –decana de la Facultad de Derecho de la UBA–, Martín Böhmer –decano de la

Facultad de Derecho de la Universidad de San Andrés–, Roberto Saba –decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo–, Eduardo Tavani –presidente de la Asociación de Abogados de Buenos Aires–, los profesores de derecho constitucional de la UBA Daniel Sabsay, Roberto Gargarella, Gustavo Arballo, Alberto Bovino y Andrés Gil Domínguez, el ex camarista federal, ex ministro de Justicia y actual diputado nacional Ricardo Gil Lavedra, así como otras personalidades destacadas del ámbito académico como la rectora de la Universidad Nacional de Córdoba, Carolina Scotto, el decano de la Facultad de Ciencias Sociales de la UBA, Federico Schuster, etc. Los consejos directivos de varias facultades han emitido declaraciones institucionales apoyando la sanción de esta reforma.

Es, sin lugar a dudas, **una ley con mucho consenso.**

Sin embargo, no todos están a favor, es verdad. Entre otros sectores, se oponen tenazmente a esta ley la revista neonazi Cabildo, el grupo fascista Custodia, la Corporación de Abogados Católicos y el “Colegio de Abogados” de la Ciudad de Buenos Aires, entidad minúscula con poco más de mil afiliados que nada tiene que ver con el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. **Fueron estas dos últimas entidades las que presentaron todos los recursos judiciales en contra de los matrimonios entre personas del mismo sexo.**

El actual presidente del autodenominado “Colegio” es Enrique del Carril, quien firmó varias declaraciones contra el matrimonio entre personas del mismo sexo. Entre sus socios honorarios se encuentran José Alfredo Martínez de Hoz (h), quien también integra la comisión directiva, Eugenio Aramburu (h) y Roberto Durrieu, que ocupó la presidencia antes de Del Carril. Durrieu fue subsecretario de Justicia durante la dictadura del general Jorge Rafael Videla. “El Colegio” también cuenta entre sus socios a los abogados defensores de Alfredo Astiz, Juan María Alberg Cobo, y de Miguel Etchecolatz, Luis Boffi Carri Pérez y Adolfo Casabal Elía. La lista podría ampliarse en la misma dirección. **Además de luchar contra los derechos de lesbianas, gays, bisexuales y trans, “el Colegio” se especializa en defender a los militares acusados de violaciones a los derechos humanos.** “Este Colegio de Abogados alerta a la población sobre un modo de actuar, propiciado por funcionarios del Gobierno y periodistas que pertenecieron a las organizaciones terroristas en la década del setenta, signado por el propósito de venganza al cual se lo disfraza como una falsa búsqueda de justicia removiendo odios que la sociedad desea superar”, decía la declaración firmada por Del Carril en nombre de la entidad, tras el pedido de captura ordenado por la Justicia contra “un destacado socio de nuestro Colegio, el Dr. Eduardo Aguirre Obarrio”, en marzo del año pasado. Obarrio fue ministro de Defensa de Lanusse y es considerado uno de los responsables de la Masacre de Trelew, que consistió en el asesinato de 19 presos políticos durante esa dictadura.

Otra de las entidades que milita activamente contra la ley de matrimonio para todos y todas es la Corporación de Abogados Católicos, presidida por Eduardo A. Bieule. El encargado de manifestar la posición de la entidad en las audiencias realizadas en la Cámara de Diputados fue su vicepresidente, Eduardo Sambrizzi, también socio del “Colegio”. Además, el grupo presentó un recurso judicial pidiendo la nulidad del fallo de la jueza Seijas –que había autorizado a contraer matrimonio a Alejandro Freyre y José María Di Bello–, actitud que repitió con los fallos posteriores, y sostuvo en un comunicado que “la negativa a que dos personas del mismo sexo contraigan matrimonio no constituye un acto discriminatorio”.

Lo más interesante de la declaración de “la Corporación” es que afirma que **“ningún legislador ni juez puede modificar** el hecho de que el matrimonio debe ser celebrado entre personas de distinto sexo”. **Es decir, niega la facultad de dos poderes del Estado que, según la Constitución, se encargan**

respectivamente de dictar las leyes y controlar su constitucionalidad. Niega, entonces, el sistema democrático de gobierno. Además de presidir “la Corporación”, Bieule es uno de los fundadores de Abogados por la Justicia y la Concordia, una entidad que participa de las marchas de la señora Cecilia Pando. En un texto que lleva su firma, ese grupo sostiene que los militares detenidos por torturas, asesinatos y robo de bebés son “presos políticos”.

2. LOS DERECHOS HUMANOS NO SE PLEBISCITAN

Algunos sectores han propuesto convocar a un plebiscito sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo. Aunque, como explicamos en el apartado anterior, es evidente que la ley cuenta con un amplísimo consenso social y, de realizarse tal plebiscito, seguramente sería apoyada por la gran mayoría de la población, desde la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans instamos a los/as demás senadores/as a rechazar esta propuesta.

Los derechos humanos no se plebiscitan. Convocar a un plebiscito para decidir sobre nuestros derechos, además de ir en contra de la Constitución Nacional y de todos los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, **sería ofensivo e insultante para cientos de miles de argentinos y argentinas lesbianas, gays, bisexuales y trans.**

¿Alguien en su sano juicio podría apoyar la idea de que se realice un plebiscito para decidir si los judíos tienen derecho a contraer matrimonio civil? ¿Alguien podría estar de acuerdo con someter a consulta popular la posibilidad de que las personas afrodescendientes puedan estudiar en las universidades? ¿Sería lógico hacer un plebiscito para permitir o prohibir que los inmigrantes se atiendan en los hospitales públicos? Seguramente, usted está leyendo estas preguntas y pensando: “No, obviamente, eso sería una locura”. ¿Por qué, entonces, los derechos civiles de gays y lesbianas sí pueden ser plebiscitados?

No es más legítima la pretensión de lesbianas, gays, bisexuales y trans de alcanzar la igualdad jurídica porque haya encuestas que demuestren que esa pretensión tiene respaldo social. Lo que le da legitimidad a nuestro reclamo es el derecho a la igualdad ante la ley, el derecho a la no discriminación y –por qué no– el derecho a la felicidad de millones de seres humanos en todo el mundo. Y ninguna mayoría –aun si existiera una mayoría que quisiera hacerlo– tendría derecho a negarnos el ejercicio de nuestros derechos constitucionales.

También ha habido quienes, desde la jerarquía de la iglesia católica, han pedido al Senado que la ley de matrimonio entre personas del mismo sexo se discuta en cada una de las legislaturas provinciales. Consideramos que **esa propuesta ofende y menosprecia la representatividad de los senadores y las senadoras nacionales, electos/as por el voto popular para representar al pueblo de las provincias.** Nuestra Constitución establece claramente cuál es la forma de sanción de las leyes y no existe ninguna razón para cambiarla, ni puede hacerse sin una reforma constitucional.

3. EL MATRIMONIO PARA TODOS Y TODAS, LA CONSTITUCIÓN Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

*“Todos los hombres son iguales,
pero algunos son más iguales que otros”*

(George Orwell, *Rebelión en la granja*, 1945,
citado por el juez Guillermo Scheibler).

La Conferencia Episcopal Argentina y la Universidad Católica Argentina han entregado a los/as senadores/as un documento en el que afirman, entre otras cosas, que el proyecto de ley de matrimonio entre personas del mismo sexo es inconstitucional porque “la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional reconocen al matrimonio como la unión de un varón y una mujer”. Es absolutamente falso.

En primer lugar, explicaremos por qué **es falso que la legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo sea inconstitucional**. Luego, explicaremos por qué **sí es inconstitucional prohibirlo**.

La Constitución Nacional no define al matrimonio, en ninguno de sus artículos, como “la unión de un varón y una mujer” y, de hecho, tampoco lo define de otro modo: no hay en la Constitución ninguna definición de matrimonio. La única referencia al matrimonio en nuestra Constitución Nacional está en el artículo 20, que dice: “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**”. Si la CN protege el derecho de los extranjeros a “casarse conforme a las leyes” en el territorio nacional como parte de “todos los derechos civiles del ciudadano” de los que también les corresponde gozar, está claro que el derecho de los ciudadanos argentinos a “casarse conforme a las leyes” también goza de protección constitucional, y así lo ha entendido la CSJN¹. Hacerlo “conforme a las leyes” es el único requisito que podría limitar el derecho constitucional a casarse, y ya se ha dicho que “las reglamentaciones al derecho a casarse no podrán llegar a desnaturalizarlo, a conculcarlo, a anularlo, a dejarlo prácticamente sin efectos, o ir más allá de lo razonable, equitativo y del propio espíritu de un tal derecho de rango constitucional (González Calderón, Derecho constitucional argentino, t. II, p. 176, núms. 607/609, Buenos Aires, 1931; Bielsa, Derecho constitucional, p. 344, núms. 130/131 y p. 399, núms. 153/154, Buenos Aires, 1959; asimismo Fallos, t. 9, p. 437; t. 19, p. 418; t. 20, p. 307; t. 32, p. 840; t. 45, p. 265; t. 47, p. 258; entre otros)”².

Con relación a los tratados internacionales de derechos humanos, ninguno de ellos hace una definición de matrimonio ni limita en modo alguno su posibilidad de acuerdo al sexo de los contrayentes. De hecho, ese tipo de limitación sería imposible, dado que los tratados internacionales de derechos humanos –y sobre este punto la doctrina y la jurisprudencia son unánimes– pueden decir que existe un derecho, pero nunca decir que un derecho no existe, es decir, legislan por la positiva, en función del carácter progresivo de los derechos humanos. Como bien recuerda el juez Guillermo Scheibler en el fallo *Canevaro, Martín y otro s/amparo (artículo 14 CCABA)*, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ya ha dejado en claro que “**los tratados internacionales pueden sólo mejorar la tutela de los derechos, no empeorarla**. Es decir, aquéllos no pueden entenderse como restrictivos de los derechos constitucionales existentes, en el ordenamiento interno, al momento de su sanción (Fallos: 329:2986)”.

Este principio de interpretación, recogido por la CSJN, está también ampliamente fundamentado por la doctrina. Citamos, a modo de ejemplo: “...el principio de progresividad lleva a **aplicar siempre la**

¹ “Alberdi cometió un descuido al incluir el derecho a casarse en el art. 21 de su proyecto, fuente del actual art. 20 de la Constitución. En la nota respectiva se entiende que quiso volcar en él los derechos ya reconocidos a los súbditos británicos por el Tratado de 1825, olvidando la normación específica de carácter general preexistente sobre el matrimonio, punto en cambio no incluido explícitamente en el tratado. Por tal motivo se dio la paradoja de que el derecho a casarse de los habitantes nativos se deduce, en la letra del texto constitucional, del art. 20 que hace extensivo a los extranjeros los derechos de los ciudadanos” (juez Petracchi, voto en el fallo *Sejean c/ Zacks de Sejean*, CSJN; LA LEY, 1986-E, 648).

² Citado por el juez Petracchi, op. cit.

disposición más favorable a los derechos de las personas, por lo que siempre debe aplicarse aquel instrumento que en mejor forma garantice el derecho, no importando si la mayor garantía se encuentra en la norma interna del Estado o en la norma de derecho internacional de los derechos humanos incorporada al derecho interno, lo que lleva a una interpretación que mejor favorezca y garantice los derechos humanos. Esta perspectiva se ve reforzada y complementada por los diversos Pactos Internacionales de Derechos Humanos, que tienen normas que explicitan el principio de progresividad o integralidad maximizadora de los derechos. Así, la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 29 b) dispone que **ninguna de sus disposiciones puede ser interpretada en el sentido de ‘limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Parte o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de dichos Estados’**. El mismo principio está reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, en su artículo 52, en el Protocolo adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales o Protocolo de San Salvador, artículo 4°; la Convención sobre la Eliminación sobre las Formas de Discriminación contra la Mujer, artículo 23; la Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 41, entre otras. La eficacia directa de los derechos constituye la capacidad de obligar a los poderes públicos, autoridades, grupos y personas, sin necesidad de que medie desarrollo legislativo previo que establezca las condiciones de su ejercicio y protección, constituyendo un deber positivo de garantía y promoción de todos los órganos estatales.” (Humberto Nogueira Alcalá, “Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La delimitación, regulación, garantías y limitaciones de los Derechos Fundamentales”, Revista *Ius et Praxis*, 11 (2): 15-64, 2005).

Veamos ahora qué dicen los tratados.

La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre establece que “toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella” y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dice que “el matrimonio debe contraerse con **el libre consentimiento de los futuros cónyuges**”; en ambos casos, **no se hace referencia al sexo u orientación sexual de los cónyuges o contrayentes**. Por su parte, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer establece que “los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: a) El mismo **derecho para contraer matrimonio**; b) El mismo derecho para **elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento**”.

Citaremos a continuación algunos tratados que, por una particularidad de su redacción, se ha pretendido tergiversar para hacerles decir algo que no dicen. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dice que “se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello” y que “el matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de **los contrayentes**”. Ese artículo aparece citado en el documento de la CEA y la UCA, que enfatizan la expresión “el derecho del hombre y de la mujer”, redacción similar a la de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en la Convención Americana de Derechos Humanos (esta última, cabe resaltar, agrega que el derecho a contraer matrimonio será ejercido “en las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, **en la medida en que éstas no afecten el principio de no discriminación**”). Corresponde hacer aquí dos aclaraciones con relación al uso de las palabras “hombre” y “mujer”, una de carácter gramatical y otra de carácter jurídico:

- a) realizando un correcto análisis sintáctico del texto del artículo 23.2 del PIDCYP –análisis que vale para los otros tratados mencionados en el párrafo anterior, cuya redacción es similar–, podemos decir que el sintagma nominal “el derecho del hombre y de la mujer a contraer

matrimonio” equivale al sintagma nominal “el derecho del hombre a contraer matrimonio y el derecho de la mujer a contraer matrimonio”³. “Y” no es lo mismo que “con”, y **lo que ese artículo del PIDCYP está haciendo es reconocer un derecho que todos los hombres y todas las mujeres tienen**, sin que exista en el texto de la norma ninguna expresión que permita suponer que ese derecho que todos los hombres y las mujeres tienen sólo podrán ejercerlo si eligen como cónyuge a una persona de diferente sexo;

- b) desde el punto de vista jurídico, vale aclarar que **no existe en el texto de los tratados una prohibición expresa ni una definición de matrimonio que directa o indirectamente excluya la posibilidad del matrimonio de una pareja del mismo sexo.**

En resumen, tenemos que:

- a) sostener que aquellos tratados internacionales que mencionan las palabras “hombre” y “mujer” en los artículos que hacen referencia al derecho a contraer matrimonio no incluyen a las parejas del mismo sexo es incorrecto tanto desde el punto de vista del análisis gramatical de sus respectivos textos como desde el punto de vista del análisis jurídico de su contenido, por las razones explicadas en los párrafos precedentes;
- b) aun si rechazáramos la conclusión a), apenas sería posible descartar que los tratados internacionales que mencionan las palabras “hombre” y “mujer” en los artículos que hacen referencia al derecho a contraer matrimonio estén incluyendo a las parejas homosexuales en la protección de este derecho, pero **sería imposible sostener desde el punto de vista jurídico que están prohibiendo el matrimonio entre personas del mismo sexo** –no prever no es lo mismo que prohibir–, y el artículo 19 de nuestra CN es claro al establecer que “ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, **ni privado de lo que ella no prohíbe**”;

³ Así lo explica la profesora Mariana Podetti, licenciada en Letras y profesora de la carrera de Edición en la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires: “Uno de los enfoques clásicos para analizar la sintaxis de una oración es la teoría de los constituyentes inmediatos, presentada inicialmente por Rulon S. Wells, en una monografía de 1947. Como señala Ofelia Kovacci, este enfoque permite “establecer a qué construcción o esquema (pattern) pertenece determinada secuencia”. Se denomina constituyentes inmediatos a aquellos elementos (palabras o sintagmas) que forman directamente una construcción. La estructura de constituyentes de una oración se suele representar o bien mediante un diagrama arbóreo o bien mediante el encochamiento. Desde este punto de vista, la oración que conforma el inciso en cuestión puede ser analizada del siguiente modo:

(1) *[[[Se reconoce_{sv}]] [el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia_{sn}]]*
[sub.adv.cond. si tienen edad para ello]].

En otras palabras, la oración consta de una cláusula principal bimembre formada por un sintagma nominal en función de sujeto y un sintagma verbal en función de predicado, y una subordinada adverbial condicional, que establece la condición (“tener edad para ello”) de la que depende el cumplimiento de lo denotado por la principal (el reconocimiento del derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia).

Si se analiza el sintagma nominal sujeto en constituyentes inmediatos, se obtiene:

(2) *[[[el derecho_{sn}]] [del hombre_{sp}] y [de la mujer_{sp}]_{sn}] [a contraer matrimonio y a fundar una familia_{sp}]_{sn}]*

Es decir, el sintagma nominal el derecho (formado por un sustantivo y un especificador) está modificado por dos complementos independientes (los sintagmas preposicionales del hombre y de la mujer), coordinados por la conjunción copulativa y. Esto significa que ambos constituyentes tienen la misma jerarquía, no se subordinan el uno al otro, sino que cada uno modifica al núcleo sustantivo derecho en forma independiente. En otras palabras, la oración podría parafrasearse del siguiente modo:

(1’) *Se reconocen el derecho del hombre y el derecho de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.*

O bien:

(1’’) *Se reconoce el derecho del hombre a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene edad para ello, y se reconoce el derecho de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene edad para ello”.*

- c) aun si rechazáramos a) y b), los propios tratados referidos, así como la doctrina y la jurisprudencia sostenida por la Corte, como explicamos antes, nos imponen un criterio de interpretación por el cual **debe primar aquella norma que sea más amplia en la protección de derechos**, lo que daría supremacía a la protección del derecho a contraer matrimonio incorporada en aquellos tratados que no mencionan las palabras “hombre” y “mujer”, sino que hablan apenas de “cónyuges” o “contrayentes”, **no dejando ningún resquicio para que se interprete que no incluyen a las parejas formadas por personas del mismo sexo.**

Ahora bien, dijimos al principio que, luego de explicar por qué es falso que la legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo sea inconstitucional, explicaríamos por qué prohibir el matrimonio entre personas del mismo sexo sí lo es.

Como decíamos, **la CN y los tratados internacionales de derechos humanos otorgan protección constitucional al derecho de todos los habitantes de la Nación a contraer matrimonio conforme a las leyes.** Por otra parte,

- a) el artículo 16 de la Constitución Nacional establece que todos los habitantes de la Nación “**son iguales ante la ley**”;
- b) el artículo 19 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 sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”;
- c) la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre dice que “**todas las personas son iguales ante la ley** y tienen los derechos y deberes consagrados en esta Declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna” (artículo II);
- d) el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: “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” (artículo 2). Respecto de este Pacto, en la Observación General 20, del 22/05/09, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dejó en claro que: “En ‘cualquier otra condición social’, tal y como se recoge en el artículo 2.2 del Pacto, **se incluye la orientación sexual**. Los Estados partes deben cerciorarse de que las preferencias sexuales de una persona no constituyan un obstáculo para hacer realidad los derechos que reconoce el Pacto...”;
- e) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “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” (artículo 2);
- f) la Convención Americana de Derechos Humanos: “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 esté 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 1);

- g) la Declaración Universal de los Derechos Humanos: **“todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley.** Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación” (artículo 7).
- h) por último, tanto la Constitución Nacional (artículo 14 bis) como los tratados antes citados garantizan la protección integral de la familia. **De todas las familias, no sólo de algunas. Las parejas formadas por dos personas del mismo sexo también constituyen familias.**

Como explica el doctor Gil Domínguez (UBA), “si uno analiza el artículo 172 y concordantes del Código Civil, que le dan ciertas atribuciones o facultades en el campo de un derecho fundamental a las personas de distinto sexo y se las niegan a las personas del mismo sexo, observa que **se está incurriendo claramente en una omisión inconstitucional e inconvenional**, porque se está yendo en contra de la fuerza normativa de nuestra Carta Magna y de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos”⁴.

Varios magistrados/as del fuero contencioso administrativo de la Ciudad de Buenos Aires y un tribunal de la provincia de Buenos Aires han debido responder a recursos de amparo presentados por parejas del mismo sexo que reclamaban por su derecho a casarse y han llegado a la conclusión, expresada en sus fallos, de que **prohibir a una pareja formada por dos personas del mismo sexo que acceda al matrimonio civil es incompatible con la Constitución Nacional y los tratados internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional.** Al hacerlo, se han expresado sobre cómo deben aplicarse cada una de las normas de jerarquía constitucional que enumeramos más arriba.

Nos remitimos a los fundamentos de algunas de estas sentencias, que citamos a continuación a modo de ejemplo:

1. Citas del fallo de la **jueza Gabriela Seijas** en la causa **“FREYRE ALEJANDRO CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”**:
 - a) Sobre el **artículo 16 de la CN**: “puede afirmarse que el derecho a la igualdad supone previamente el derecho a ser quien se es, y la garantía de que el Estado sólo intervendrá para proteger esa existencia y para contradecir cualquier fuerza que intente cercenarla o regularla severamente. No se es igual en la medida de la ley sino ante ella, la ley no debe discriminar entre las diferencias de un habitante y otro, sino que debe tratar a cada uno con igual respeto en función de sus singularidades, sin necesidad de entenderlas o regularlas (ver, Eduardo Á. Russo, *Derechos Humanos y Garantías*, Eudeba, Buenos Aires, 2001; y, ‘Identidad y diferencia [reflexiones en torno a la libertad y la igualdad], en la Revista Jurídica Universidad Interamericana de Puerto Rico, volumen XXXVIII, sep. - dic. 2003, 1, págs. 127 a 135)”.
 - b) Sobre los **artículos 16 y 19 de la CN**: “El sentido de la igualdad democrática y liberal es el ‘derecho a ser diferente’, que no puede confundirse nunca con la ‘igualación’, que es un ideal totalitario y por ello es, precisamente, la negación más completa del anterior, pues carece de todo sentido hablar del derecho a un trato igualitario si previamente se nos forzó a todos a ser iguales. El artículo 19 de la Constitución Nacional, en combinación con el resto de las garantías y los derechos reconocidos, no permite dudar del cuidado que los constituyentes pusieron en no obligar a los ciudadanos a una

⁴ Gil Domínguez, Andrés. Versión taquigráfica de la reunión del 29-10-09 de la Comisión de Legislación General de la H. Cámara de Diputados.

Gracias por visitar este Libro Electrónico

Puedes leer la versión completa de este libro electrónico en diferentes formatos:

- HTML(Gratis / Disponible a todos los usuarios)
- PDF / TXT(Disponible a miembros V.I.P. Los miembros con una membresía básica pueden acceder hasta 5 libros electrónicos en formato PDF/TXT durante el mes.)
- Epub y Mobipocket (Exclusivos para miembros V.I.P.)

Para descargar este libro completo, tan solo seleccione el formato deseado, abajo:

