

## **DICTAMEN SOBRE EL MATRIMONIO Y LA UNIÓN DE PERSONAS DEL MISMO SEXO**

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en su sesión plenaria del 28 de junio de 2010, aprobó por mayoría el dictamen que se transcribe a continuación, sobre el matrimonio y la unión de personas del mismo sexo.

1. La familia, institución natural y permanente, constituye el órgano esencial, primario y fundamental de la sociedad, y la general experiencia histórica recogida, ha demostrado que es cohesionando los lazos entre quienes la conforman, como se contribuye al mejor desenvolvimiento de las comunidades. Nuestra Constitución Nacional declara en su artículo 14 bis la necesidad de “la protección integral de la familia”, lo que es también previsto en distintos documentos internacionales, como el artículo VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 donde se reconoce la necesidad de la protección de la familia “como elemento fundamental de la sociedad”; o en el inciso 3º del artículo 16 de la declaración Universal de Derechos Humanos también de 1948, donde se consigna que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene el derecho a la protección de la sociedad y del Estado”; o en otras normas de igual significado, como en el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por ley argentina de 1986, o en el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado por ley argentina también de 1986, o en el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”), aprobado por ley argentina de 1984.

2. Es en particular en los países del occidente, donde esta familia se ha constituido teniendo como base, a partir de sus iniciales agrupamientos, la sólida institución del matrimonio. Matrimonio que jurídicamente ha sido reconocido y establecido, desde las más antiguas compilaciones, para designar a la unión realizada entre el hombre y la mujer con la finalidad de conformar un vínculo perdurable, creando lazos que nacen de la relación intersexual y la filiación.

Así viene definido el matrimonio desde la antigua Roma por Modestino, que en el “Digesto” decía que era “la unión del hombre y la mujer en un consorcio de toda la vida, comunicación de los derechos divinos y humanos” y por el mismo Justiniano que en las “Institutas” de su “Corpus Iuris Civilis” señalaba coincidentemente, que era “la unión del hombre y la mujer que comprende el consorcio indivisible de la vida”. La propia denominación de “matrimonio” deriva del latín “*matris*”, referencia a la madre en tal unión y de “*munium*”, referido a la carga que tal unión para ella significa antes o después de haber tenido descendencia.

Este concepto de matrimonio que partía de la inexcusable base de una unión entre personas de diferente sexo, fue de esa manera contemplado en las más diversas legislaciones posteriores. Para no tomar sino un cuerpo de normas de indudable trascendencia como fue el Código de Napoleón de 1804, destacamos que en la “Exposición de motivos” Portalis precisaba la idea del matrimonio como la “sociedad del hombre y la mujer que se unen para perpetuar la especie, para ayudarse, para socorrerse mutuamente, para llevar el peso de la vida y compartir su común destino”.

3. A su turno, de los distintos Tratados y Convenciones internacionales que ya antes se han citado, no puede sino extraerse que es a este matrimonio heterosexual al que tienden a referirse sin duda sus disposiciones. El artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos señala que “los hombres y 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...”, que tendrá al mismo tiempo el derecho a ser protegida, lo mismo que la “maternidad y la infancia” (artículo 25, 2); el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su inciso 2<sup>a</sup> dice “reconocer el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia si tiene edad para ello”; el artículo 17 de la Declaración Universal sobre Derechos Humanos en su inciso 2<sup>o</sup> establece el mismo reconocimiento. El artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales encarece la protección de la familia “especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y educación de los hijos a su cargo”. A su vez, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer” aprobada por la Argentina en 1985, luego de señalar en el inciso 1<sup>o</sup> de su artículo 16 la necesidad de adoptar todas “las medidas necesarias para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio...” agrega en el inciso g) de esa misma norma, lo referente a asegurar “los mismos derechos personales como marido y mujer, entre ellos a elegir apellido, profesión y ocupación”. Ni siquiera se recurre, en ninguna de las normas internacionales, a expresiones como “toda persona” o “todo ser humano” cuando hay referencia al derecho a contraer matrimonio. Por el contrario, hay mención directa y expresa del hombre y la mujer como se ha dejado consignado precedentemente.

En apoyo de esta debida interpretación, Augusto Mario Morello, que fuera ilustre miembro de esta Academia, traía la opinión de Rolando E. Gialdino del Comité de Derechos Humanos, quien refiriéndose al Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, ya aludido antes por nuestra parte, dice que del mismo no puede extraerse que los Estados estén obligados a regular el casamiento entre personas del mismo sexo, pues la “obligación emanada del Tratado para los Estados Partes, según el párrafo 2<sup>o</sup> del art.23 del Pacto, es reconocer como matrimonio únicamente la unión de un hombre y una mujer que desean casarse” (“Desvirtuación del matrimonio” en La Ley2005-D p.1471, con cita de Gialdino R.E.: “Los derechos civiles y políticos ante el Comité de Derechos Humanos”, “Investigación”, CSJN, 1,(2002), p.171). El propio Morello, en el mismo trabajo, sostiene en sus conclusiones, que es deber del jurista de nuestro tiempo preservar la identidad respecto del matrimonio, “que ha permanecido fiel a sí misma desde su amanecer”.

Por su parte, otro destacado integrante de esta Corporación, como lo fue Germán Bidart Campos manifestaba, que si bien en documentos internacionales al hablarse del “derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio” no se aclaraba si dicha fórmula implicaba el casamiento “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...” y continuaba de manera concluyente agregando que “a los tratados de derechos humanos no se han incorporado las valoraciones que tienden a catalogar la unión entre personas del mismo sexo como matrimonio” (“Matrimonio y unión entre personas del mismo sexo” en El Derecho 164- 723, IV). Añadimos en relación a este mismo jurista, que al comentar el artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos que también antes hemos ya mencionado señalaba, en la misma orientación que le venimos destacando, que “el apartado 2<sup>o</sup> reconoce operativamente el derecho a casarse”, con lo que, dice, “se enfoca un derecho subjetivo de cada persona –hombre y mujer- para contraer matrimonio, con lo que la norma no serviría para cubrir uniones entre personas del mismo sexo” (“Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”,Ediar 1989, t.III p.229). Si alguna ley así

lo llegara a permitir, estaría entonces vulnerando, conforme los anteriores comentarios, las cláusulas de los tratados internacionales que se citaron y que según el inciso 22 del artículo 75 de nuestra Constitución Nacional, tienen jerarquía constitucional por encima de las leyes que pueda dictar el Congreso.

4. Según los antecedentes que se han expuesto, resulta a nuestro criterio evidente que el concepto de matrimonio no ha servido, ni puede servir en nuestros días, para designar otra unión que no sea la del hombre con la mujer que, además, es la única que puede concordar con una finalidad común a las sociedades como es la de procurar a través de ella la perpetuación de la especie humana.

La unión de personas del mismo sexo no se encuentra prohibida y libremente pueden las personas que lo deseen establecerla y tal elección debe ser respetada y como acto libre tendrá garantía constitucional. Pero el concepto de matrimonio no los comprende, pues necesariamente exige la participación del hombre y la mujer para cumplir con el propósito de complementación espiritual y física de los sexos opuestos, dirigido a la conformación de una comunidad de vida con fines de perpetuación de la especie y esto también debe ser respetado. Las personas del mismo sexo no pueden contraer matrimonio no porque se los discrimine, sino porque se eleva una imposibilidad física y natural para llevarlo a cabo: hay una distinción antropológica de los hombres y mujeres que se encuentra en la base del concepto matrimonial. Por eso se dice que la institución del matrimonio es consustancial con la naturaleza humana. Discriminar es tratar de diferente forma a dos situaciones iguales: aquí no son dos situaciones iguales sino distintas. De tal manera la ley 23.592 sanciona las discriminaciones “arbitrarias”, en cuanto a los derechos que puedan corresponder a personas en igualdad de condiciones. El caso del matrimonio entre un hombre con una mujer (heterosexual) y el de la unión entre un hombre con un hombre o una mujer con una mujer (homosexual) son dos situaciones bien diferentes. No hay discriminación pues, ni violación de la garantía de la igualdad ante la ley. El matrimonio, que responde a la definición que se ha venido exponiendo y que deviene por ello de una larga tradición cultural que hemos receptado, exige ser como dijimos, igualmente respetado.

De tal forma nuestro Código Civil expone claramente en su artículo 172, el requisito necesario para la conformación de la familia matrimonial dentro de nuestra sociedad, señalando 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”. Las leyes son fijadoras de principios y orientaciones, que hacen muchas veces a concepciones que tienden a definir los rasgos de la sociedad para la cual han sido concebidas. Máxime en el terreno del derecho de la familia y del matrimonio en especial, cuyas normas regulatorias si bien forman parte del derecho privado son al mismo tiempo de orden público. Por eso, si el vínculo matrimonial no respondiera a la caracterización que marca la legislación vigente y que da lugar al tipo de la familia que se entiende debe ser la que se proyecte en la sociedad en aras del bien común, podría llegarse a comprometer las bases de su propia organización.

En consecuencia, descartado cualquier sentido discriminatorio, se considera totalmente inconstitucional promover alguna reforma al Código Civil que desnaturalice la institución del matrimonio tal cual fue entendida desde siempre y que no ha sido creada para comprender uniones que no sean las del hombre con la mujer.

Los doctores Aída R. Kemelmajer de Carlucci y Enrique M. Falcón votaron en disidencia, mientras que el doctor Rafael M. Manóvil se abstuvo.

Buenos Aires, 28 de junio de 2010

Fernando N. Barrancos y Vedia  
Aguirre Obarrio  
Académico Secretario

Eduardo  
Académico Presidente