

## **Posición de la ADC respecto al matrimonio entre personas del mismo sexo**

### **Introducción**

Este documento expone los fundamentos por los cuales la Asociación por los Derechos Civiles (ADC) considera necesaria la discusión parlamentaria para lograr la sanción de una nueva legislación que asegure iguales derechos a las parejas del mismo sexo favoreciendo la diversidad y garantizando la autonomía, la igualdad y la no discriminación.

La ADC considera que, el derecho en general, y las normas jurídicas en particular, no pueden seguir constituyendo un obstáculo para que la sociedad en su conjunto pueda reconocerse en su pluralidad y diversidad. Es por ello que celebramos el debate y consideración pública de los proyectos que promueven la admisión del matrimonio entre personas del mismo sexo así como la aparición de pronunciamientos judiciales que han centrado el análisis en la cuestión constitucional derivada del derecho a la igualdad. Es nuestra intención que este documento contribuya a la discusión y debate legislativo.

### **La regulación del matrimonio vigente en el derecho argentino**

La institución del matrimonio goza de un amplio reconocimiento normativo. El Art. 20 de la Constitución Nacional garantiza a los extranjeros los mismos derechos que a los nacionales, entre ellos el derecho a casarse. Además, este derecho se encuentra protegido por diversos pactos internacionales con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN). Así, el Art. 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio “*en las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten el principio de no discriminación*”; el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos consagra el mismo derecho “*sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión*”; el artículo VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre garantiza el derecho a “*constituir familia*”; lo propio efectúan el artículo 10, inc. 1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y el artículo 23 del Pacto Internacional de

Derechos Civiles y Políticos. Ninguno de estos tratados contiene expresa o implícitamente una prohibición para el matrimonio entre personas del mismo sexo.<sup>1</sup>

El Estado argentino optó por desarrollar legislativamente la figura de matrimonio en el Código Civil y de acuerdo con la competencia del art. 75 inc. 12 CN.<sup>2</sup> En este sentido la pregunta central es: cuando el Estado opta por regular el matrimonio, ¿puede excluir a las parejas de igual sexo que manifiestan su voluntad de querer otorgar a esa relación el reconocimiento y solemnidad del matrimonio civil? Entendemos que la respuesta a esta pregunta es principalmente una cuestión de examen de igualdad constitucional.

### **Principio de Igualdad**

La imposibilidad de contraer matrimonio con una persona del mismo sexo constituye un caso de discriminación vedado por las diferentes cláusulas de la Constitución Nacional que exigen al Estado Argentino un tratamiento igualitario de las personas. Colisiona, en primer lugar, con lo previsto en el artículo 16 del texto constitucional en tanto proclama que todos los habitantes de la Nación argentina son iguales ante la ley.

Es incompatible también con los artículos 2.1 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1.1. y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 2.1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que, en el marco de lo previsto en el artículo 75, inciso 22 de la Carta Magna, gozan de rango constitucional en nuestro país. Estas normas obligan a los Estados partes a garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos fundamentales de las personas sin discriminación.

En efecto, la Declaración Universal de Derechos Humanos (del 10-XII-1948) dispone en su artículo 2.1 que toda persona tiene los derechos y libertades que ella proclama, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Concordantemente, su artículo 7 prescribe que “todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos

---

<sup>1</sup> En este punto resulta relevante recordar que la CSJN ha resuelto 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). Ver al respecto Fallo “Canevaro, Martin y otro c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)”.

En este orden de ideas, nuestro sistema constitucional se ha enriquecido con las normas provenientes del derecho internacional de derechos humanos y junto con ellas, forma el “bloque de constitucionalidad” (ver fallo “González de Delgado y otros c/ Universidad Nacional de Córdoba”, Fallos: 323:2359) que integra la pluralidad contradictoria que todo Estado debe reconocer jurídicamente. No sólo las normas de estos pactos sino las opiniones consultivas de sus órganos de interpretación determinan la abolición de toda forma de discriminación por razones de “orientación sexual”. Así fundamenta la Dra. Liberatori el fallo dictado en la materia. Ver esta argumentación en el informe presentado por José Miguel Onaindia en la reunión de las Comisiones de Familia y Legislación General en noviembre de 2009

<sup>2</sup> El art. 75 inc. 12 es una norma de competencia; sin embargo, encuentra su límite en el contenido de los derechos y en los principios de razonabilidad (art. 28 CN) y de igualdad (art. 16, 75 incs. 22 y 23 CN).

tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.

Por su parte, el artículo II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre remarca 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”.

A su vez, el artículo 24 del Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana sobre Derechos Humanos dicta que “todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”. Se trata de una norma de igualdad autónoma. La Convención garantiza también que los derechos y libertades en ella reconocidos puedan ser ejercidos sin discriminación. El art. 1.1 determina que “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”.

También el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) prescribe, en primer lugar, en qué marco deben garantizar los Estados Partes los derechos que contempla el tratado. Así, señala, en su artículo 2.1 que “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. Más adelante, el PIDCP contiene una norma de igualdad autónoma, su artículo 26 prevé que “todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a las todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

En este mismo orden de ideas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo en la Opinión Consultiva 4 que “en función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal. De este modo la prohibición de discriminación ampliamente contenida en el artículo 1.1 respecto de los derechos y garantías estipulados por la Convención, se extienden al derecho interno de los Estados Partes, de tal manera que es posible concluir que, con base en esas disposiciones, éstos se han comprometido, en virtud de la Convención, a no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley”<sup>3</sup>.

La Corte puntualizó allí también que “la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la

---

<sup>3</sup> Corte IDH, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, Opinión Consultiva OC- 4/84 del 19 de enero de 1984. Seria A No. 4, párrafo 54.

dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza”<sup>4</sup>.

Por otro lado, tal como se menciona en el fallo Canevaro, tradicionalmente la Corte Suprema sostuvo que la igualdad establecida en el artículo 16 de la Constitución nacional no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que en iguales circunstancias se concede a otros (*Fallos*: 153:67, entre muchos otros). Sin embargo, desde la doctrina se afirmó que la aplicación acrítica de esta lectura del derecho a la igualdad permitiría convalidar manifiestas desigualdades en tanto siempre resulta posible encontrar elementos para agrupar en “circunstancias iguales” a un sector privilegiado determinado distinguiéndolo de otros (ver, entre otros, GARGARELLA, ROBERTO, “Cómo no debería pensarse el derecho a la igualdad”, *JA* 2007-IV-731)<sup>5</sup>.

Es por esto que desde antaño se destacó respecto de la garantía establecida en el artículo 16 de la Constitución nacional que “[a] la igualdad de derecho, es necesario agregarle [...] la igualdad de hecho, para evitar que pueda ocurrir la paradoja de que los hombres [y las mujeres] sean iguales ante una ley desigual” (SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ed. Kapelusz, 1956, p. 139). Más aun, desde el propio tribunal cimero se ha reflexionado respecto a que “es tarea de historiadores y sociólogos elucidar por qué un texto como el art. 16 de la Constitución Nacional (*Todos los habitantes son iguales ante la ley*) pudo coexistir durante largo tiempo con otras normas de inferior jerarquía que hoy parecen claramente discriminatorias” (voto del Dr. PETRACCHI, *Fallos* 323:2659).<sup>6</sup>

Además, la reforma constitucional de 1994 impuso al Congreso Nacional la obligación de “[l]egislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la **igualdad real** de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos” por la ley suprema (art. 75, inc. 23), y así se equiparó la clásica igualdad formal del art. 16 con una postergada igualdad real y concreta. Por su parte, la Constitución de la Ciudad “promueve la remoción de los obstáculos de cualquier orden que, **limitando de hecho la igualdad** y la libertad, impidan el pleno desarrollo de la persona” (art. 11, CCABA).<sup>7</sup>

Tomando en cuenta el contenido de la garantía de igualdad, el argumento de la ADC es el siguiente: las parejas de distinto sexo pueden optar (si quieren se casan o no, o tal vez ni se formulan la pregunta). Las parejas de igual sexo no pueden formularse la pregunta. Pero, ¿por qué se les niega algo si están en igualdad de circunstancias relevantes? Tomamos por relevantes la voluntad de tener pareja, de gozar de las

---

<sup>4</sup> Corte IDH, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, párrafo 55.

<sup>5</sup> Ver al respecto: Fallo “Canevaro, Martin y otro c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)”

<sup>6</sup> Ver al respecto: Fallo “Canevaro, Martin y otro c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)”

<sup>7</sup> Ver al respecto: Fallo “Canevaro, Martin y otro c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)”

protecciones y derechos que surgen de la regulación legal del matrimonio. Ahora bien, ¿cuál es la razón que el Estado otorga para justificar la exclusión?

El examen de igualdad que hay que aplicar no se podría mover en uno de "mera racionalidad", por dos características que presenta la pregunta: a) los afectados por la exclusión conforman un grupo de personas que históricamente han sido discriminadas y las consecuencias de esa discriminación persisten en la actualidad; b) la restricción al derecho a casarse de los contrayentes de igual orientación sexual es muy restrictiva: no pueden optar por casarse o no. Esto implica que no pueden plantearse la posibilidad de contar con las protecciones que surgen del matrimonio civil, además de no poder contar con la posibilidad de reconocimiento social que la institución sigue implicando para algunos: agravio simbólico. Así carecen absolutamente de los derechos regulados en distintas disposiciones del ordenamiento jurídico argentino respecto a: b.1) la estabilidad de la convivencia y de ayuda de los cónyuges (Art. 198 del Código Civil), b.2) la obtención, en su caso, posibles mensualidades después del divorcio (Art. 207, Art. 208 y Art. 209 Código Civil); b.3) la protección a través de presunciones de la propiedad común (Art. 1271, Código Civil), b.4) derechos de herencia, etc.

### **Principio de Autonomía**

Por su parte, el artículo 19 de la Constitución Nacional establece el *principio de autonomía de la persona* que implica que cada persona adulta, mayor de edad, con consentimiento, que posea discernimiento, intención y libertad, puede escoger el que considere "mejor plan de vida" para sí misma, con el único límite del daño producido a terceras personas<sup>8</sup>. "El art. 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 respetar la autonomía de la conciencia como esencia de la persona —y, por consiguiente, la diversidad de pensamientos y valores— y no obligar a los ciudadanos a una uniformidad que no conduce con la filosofía política liberal que orienta a nuestra Norma Fundamental"<sup>9</sup>

Así, la exclusión viola el principio de autonomía y diferencia ya que la voluntad de contraer matrimonio sólo podría darse entre un varón y una mujer. Esta interpretación se construye sobre una concepción del bien común que apelaría a la "moral" como "moral de la mayoría". Sin embargo, esta interpretación no pasaría el test de constitucionalidad estricto que la Corte aplica en el caso "Alitt" (Asociación Lucha personas Travestis y Transexuales).<sup>10</sup> ¿Qué implica la autonomía? La posibilidad de determinar el propio plan de vida de acuerdo con las creencias, cosmovisiones de cada persona, de acuerdo con sus propios estándares morales, esto incluye la decisión de vivir o no en pareja con persona de igual o distinta orientación sexual. Esta decisión

---

<sup>8</sup> Ver al respecto: Nino, Carlos S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2005, 3ª reimp., p. 304 y ss.

<sup>9</sup> CSJN, en los autos "ALITT", resueltos el 21 de noviembre de 2006)

<sup>10</sup> CSJN, 21/12/2006, con cita de "Portillo", CSJN-Fallos, 312:496. En "Alitt", la cuestión debatida se refería a la denegación arbitraria de la personería jurídica de una asociación para la defensa de los derechos de las travestis y transexuales a la luz del derecho a la asociación del art. 14 CN. La cuestión presenta similitudes *prima facie* con el caso del derecho a casarse de dos personas del mismo sexo, porque en ambos casos se trata del ejercicio de un derecho civil que expresa la voluntad de unión para el desarrollo de un proyecto común y no se les permite ejercerlo por la orientación sexual de los participantes.

goza de especial protección en virtud del artículo 19 CN. No se protege la decisión autónoma de vivir en pareja porque responda a la moral de la mayoría o a una en particular determinada sino porque es fruto de una decisión autónoma y no implica un daño concreto a derechos de terceros, ese es el único límite.

### **¿Existen razones imperiosas para prohibir el matrimonio entre personas del mismo sexo?**

La Corte en "Sejean" sostiene que el derecho a casarse es *un derecho fundamental, así "la interferencia estatal sólo se encuentra constitucionalmente justificada cuando ella se realiza persiguiendo el objetivo de evitar daño a terceros".*<sup>11</sup>

Por ello, el estado tiene la carga de la argumentación y debe alegar cuál es ese fin estatal importante, imperioso y urgente por el cual no quiere incluir a las parejas con igual orientación sexual.

Ahora bien ¿qué razón puede ser alegada? Por lo general, se suele esgrimir que el matrimonio *tiene por finalidad la procreación*. Así, se diría que el matrimonio entre personas de igual sexo no podría cumplir con la finalidad de procreación. Sin embargo, este argumento es débil porque no pasa el examen de igualdad (art. 16 y 75, inc. 22 de la Const. Nacional). Para ello hay que tomar como punto de partida los dos grupos que quedan establecidos por la formulación del criterio de distinción que estaría dado por la orientación sexual de las personas: por un lado, el matrimonio entre varones y mujeres y, por el otro, los que poseen igual orientación sexual. Los primeros pueden contraer matrimonio mientras que los segundos quedan excluidos. La finalidad de la clasificación de la interpretación tradicional del art. 172 del Cód. Civil sería garantizar la procreación.<sup>12</sup>

Si por hipótesis se aceptara (hipótesis que no compartimos) que es tan necesaria la relación entre procreación y matrimonio, entonces la clasificación es subinclusiva a la luz de la finalidad que perseguiría la norma y, por ello, discriminatoria. Esto porque para cumplir cabalmente con el fin planteado en esos términos, también debería incluir a los contrayentes de diferente sexo que no quieren o no pueden procrear. En

---

<sup>11</sup> CSJN-Fallos, 308:1412, cursiva agregada.

<sup>12</sup> Respecto a este mismo argumento, parecería ser que prohibir el matrimonio homosexual es una forma de asegurar que la sociedad se siga reproduciendo. Si el Estado legalizara el matrimonio homosexual, estaría contribuyendo a que la sociedad deje de reproducirse. Dicho razonamiento depende de la veracidad de la siguiente premisa: legalizar el matrimonio homosexual implica contribuir a que la sociedad deje de reproducirse. Es decir, a medida que aumente el número de matrimonios homosexuales, disminuirá el número de matrimonios heterosexuales. Esta premisa, sin embargo, es falsa y, por lo tanto, el argumento de la procreación es falaz. Al existir la institución del matrimonio heterosexual, el Estado de hecho promueve la procreación: ofrece a las parejas ajustarse a ciertas normas especialmente diseñadas para garantizar su pleno desarrollo como cónyuges y el de sus hijos. Ahora bien, es falso que, si se legalizara el matrimonio homosexual, disminuiría el número de matrimonios heterosexuales. Los heterosexuales no contraerán matrimonio con una persona del mismo sexo por el hecho de que el matrimonio homosexual se legalice. También es falso que, si se prohibiera el matrimonio homosexual, habría más matrimonios heterosexuales. Las personas homosexuales no contraerán matrimonio con una persona de diferente sexo por el hecho de que el matrimonio homosexual sea ilegal. Permitir el matrimonio homosexual no implica que haya menos matrimonios heterosexuales ni, por lo tanto, que la sociedad se reproduzca menos. Ver al respecto: Martín Hevia y Ezequiel Spector, "Same Sex Marriage in Argentina" (disponible en SSRN, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1088426](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1088426))

otras palabras, la norma estaría limitando el derecho de casarse a una clase de personas (las personas con igual orientación sexual) más restringida que la necesaria para lograr en toda su extensión el objetivo que se habría propuesto (así debería incluir a las personas con diferente sexo pero que no pueden o no quieren procrear). En definitiva, que la categoría sea subinclusiva, demuestra que no existe una relación sustancial, importante, entre el medio establecido por la norma (matrimonio entre personas de diferente sexo) y el fin perseguido (supuestamente) por ésta (procreación). Ahora bien, nadie en la actualidad podría sostener con argumentos serios que sólo debiera reconocerse la facultad de casarse a aquellas personas que pueden y quieren procrear. Entonces, ¿por qué no reconocer la posibilidad de casarse a personas con igual orientación sexual?

El otro fin que podría perseguir el legislador sería "*otorgar protección jurídica a la unión voluntaria de dos personas*". Nuevamente la norma del art. 172 no guarda una relación estrecha con el fin perseguido porque para promoverlo debería incluir el reconocimiento del casamiento entre personas con distinta orientación sexual. ¿Por qué excluirlos?

La razón desnuda que queda es la "orientación sexual" y esto es discriminatorio. Se está privilegiando sólo una interpretación de matrimonio desde un patrón cultural dominante pero no único y que responde a un posible modelo de decisión autónoma. El problema es la falta de reconocimiento de la diversidad.<sup>13</sup>

### **Categorías Sospechosas**

De la conjugación de los derechos de igualdad y de no discriminación ha surgido como construcción jurisprudencial la doctrina de las *categorías sospechosas*. Este concepto ha sido elaborado por la Corte Suprema Estadounidense y receptado por la Corte Suprema Nacional. Sintéticamente, conforme a dicho principio, determinadas categorías de clasificación utilizadas por quien legisla (por ejemplo, la etnia, el género, la religión, el origen nacional) están afectadas por una "presunción de inconstitucionalidad" y aquél que pretenda sostener su validez deberá demostrar que existen "razones públicas imperativas" para justificar esa distinción. Es decir no basta a tal fin que la clasificación legal parezca "razonable", "oportuna" o "conveniente".

La Corte Suprema de la Nación ha utilizado ese estándar para declarar la invalidez de distinciones legales que, como la que nos ocupa, utilizaban criterios que, de acuerdo a las disposiciones convencionales examinadas, eran "sospechosas" (como la nacionalidad y el origen nacional) y tampoco la autoridad estatal había aportado "una justificación extraordinaria y precisa" para fundar esa distinción<sup>14</sup>. Otros tribunales argentinos han aplicado este principio para declarar la invalidez constitucional de normas que utilizaban la edad como criterio clasificatorio<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> Ver esta argumentación en Clérico, L., comentario art. 33 CN, en Sabsay/Manili, Constitución de la Nación Argentina, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, pp. 1222-1261.

<sup>14</sup> Ver, en tal sentido, casos "**Repetto**", Fallos: 311:2272; "**Calvo y Pesini**", Fallos: 321:194; "**Hoofft**", sentencia del 16.11.2004, L.L. 6.4.2005 y "**Gottschau**", sentencia del 8.8.2006).

<sup>15</sup> Ver, en tal sentido, sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos, caso "**Salgado**", sentencia del 21.11.2001, L.L. 2002-B, 79, ver, especialmente, el voto del juez Maier. En su voto el Dr Maier sostuvo, entre otras cosas que: "*Si bien en principio, los poderes políticos tienen facultades para trazar distinciones legales entre categorías de personas cuando ello resulte conveniente a efecto de llevar adelante objetivos legales legítimos -presumiéndose la*

## **La orientación sexual también debe ser considerada como una “categoría sospechosa”**

La circunstancia de que ninguna de las cláusulas constitucionales examinadas mencione expresamente a la “orientación sexual” como “categoría sospechosa” en forma alguna puede ser considerada como un obstáculo para su inclusión.

Así, es posible sostener que la “orientación sexual” es una de las “condiciones sociales” a que se refieren los arts. 1.1 de la Convención Americana y 2.6 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

En tal sentido, en el caso “**L. y V. c. Austria**” (sentencia del 9 de enero de 2003), el Tribunal Europeo reiteró su jurisprudencia anterior en el sentido de que la “orientación sexual” debía ser considerada uno de los supuestos alcanzados por la prohibición del artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos y, por tal razón concluyó que las actitudes negativas de la mayoría heterosexual contra la minoría homosexual, expresadas en la legislación penal austriaca, no podían ser consideradas suficientes para justificar un tratamiento diferente, de la misma medida que no lo eran las actitudes negativas respecto de aquellas personas de raza, origen o color diferentes (conf. caso “L y V. c. Austria”, cit., par.45 y 52).

En una decisión posterior, el Tribunal Europeo ratificó expresamente este punto de vista: “Al igual que las diferencias basadas en el sexo, *las diferencias basadas en la orientación sexual requieren razones particularmente serias para ser justificadas*” (caso “**Karner v. Austria**”, sentencia del 24.7.2003, párr.37 y su cita; la cursiva ha sido agregada).

También es importante, en este punto, examinar la decisión de la Suprema Corte de Canadá al interpretar el artículo 15 de la Carta de Derechos y Libertades de ese país (el cuál también es muy similar a los artículos 1.1. de la Convención Americana y 2.6. del Pacto Internacional) en el caso “**Andrews v. Law Society of British Columbia**” (1 S.C.R. 143; 1989) en el sentido de que dicha norma resultaba aplicable cuando existían “razones análogas” a las mencionadas expresamente en su texto. La relevancia de esta jurisprudencia surge de la circunstancia de que aquélla fue citada aprobatoriamente por nuestra Corte Suprema en el mencionado caso “Hooft” (conf. considerando 4º del voto de la mayoría).

Para ese tribunal, era necesario reunir los siguientes requisitos para dar por configuradas esas “razones análogas”:

- el grupo afectado por la distinción legal estaba integrado por individuos que poseían características que escapan a su control;
- esas características no podían ser alteradas o solo podían ser modificadas a un costo inaceptable;
- el grupo definido por esta característica poseían relativo poco poder en la sociedad (caso “Andrews, cit.”).

---

*constitucionalidad de la norma sancionada de conformidad con las formas prescritas para ello-, en algunos casos el recurso del legislador a ciertos factores de distinción puede responder a prejuicios y estereotipos que tienen por efecto excluir a categorías enteras de personas del legítimo ejercicio de un derecho. Casos típicos de esta categorización espuria son los de raza y religión. En épocas más recientes, la noción fue extendida a las distinciones de género y a otras tales como la discapacidad”.*



En definitiva, las razones por las cuales las clasificaciones legales basadas en la orientación sexual de las personas deben ser sometidas a un “examen judicial estricto” han sido claramente resumidas por el conocido Profesor de Derecho Constitucional estadounidense Laurence Tribe: “La característica de la homosexualidad o de la heterosexualidad no solo es central para las identidades personales de aquéllos que son alcanzados por las leyes basadas en la orientación sexual, sino que los homosexuales en particular parecen satisfacer todos los criterios implícitos de la Corte [Suprema estadounidense] de categoría sospechosa. Al haber sido objeto de una larga discriminación y desaprobación, los homosexuales forman una minoría discreta e insular. Su orientación sexual es, muy probablemente, ‘una característica determinada por causas que no pueden controlar’ y, si bien no es inmutable, por los menos es ‘extremadamente difícil de alterar’. Además, y a diferencia con una característica como el retardo mental, la homosexualidad no guarda relación alguna con la capacidad del individuo de contribuir plenamente a la sociedad. Por eso, la homosexualidad debería ser agregada –y en forma abierta- a la lista de clasificaciones que fundan un control judicial más estricto” (“**American Constitutional Law**”, 2ª.edición, 1988, The Foundation Press, Nueva York, pág.1616).

### **Cambios en la Sociedad**

Como hemos visto, la existencia de una “categoría sospechosa” (en el caso, la “orientación sexual”) obliga a la parte, que pretende defender la validez de un criterio de distinción fundado en aquélla, en acreditar la existencia de “razones imperiosas” que justifiquen dicha restricción. En primer lugar, corresponde examinar si la “moral positiva” de una sociedad determinada es una razón suficiente para negarse a aceptar el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Al respecto cabe señalar, como punto de partida, que sería un error suponer que la “moral positiva” existente en un momento determinado, resulta ser un dato inmodificable para las generaciones posteriores. Por el contrario, tal como lo señaló la Corte Suprema de la Nación, al declarar la inconstitucionalidad de la legislación civil que vedaba el derecho al divorcio vincular:

“Que el control judicial de constitucionalidad no puede desentenderse de las transformaciones históricas y sociales. La realidad viviente de cada época perfecciona el espíritu de las instituciones de cada país, o descubre nuevos aspectos no contemplados antes, sin que pueda oponérsele el concepto medio de una época en que la sociedad actuaba de distinta manera (Fallos, t. 211, p. 162). Esta regla de hermenéutica no implica destruir las bases del orden interno preestablecido, sino defender la Constitución Nacional en el plano superior de su perdurabilidad y la de la Nación misma para cuyo gobierno pacífico ha sido instituida puesto que su interpretación auténtica no puede olvidar los antecedentes que hicieron de ella una creación viva, impregnada de realidad argentina, a fin de que dentro de su elasticidad y generalidad siga siendo el instrumento de la ordenación política y moral de la Nación (Fallos, t. 178:9).

“Esta Corte que no rechazó el desconocimiento de los derechos electorales de la mujer, ¿mantendría esa postura si todavía hoy el legislador no los hubiera reconocido? Cuestiones que no hieren la sensibilidad de una época pueden ofender profundamente

a la de las que siguen; los tormentos y azotes que proscribió la Constitución de 1853 fueron detalladamente previstos en legislaciones anteriores, y constituyeron una práctica judicial corriente universalmente no por uno sino por muchísimos siglos.

“Cabe entonces admitir que esas transformaciones en la sensibilidad y en la organización de la sociedad coloquen bajo la protección de la Constitución Nacional situaciones que anteriormente se interpretó que no requerían su amparo” (Caso “Sejean”, Fallos: 308:2268; la cursiva ha sido agregada). En el mismo sentido la Suprema Corte del Estado de Vermont (Estados Unidos), al interpretar la cláusula igualitaria de la constitución local que databa de 1777 en un caso idéntico al presente, sostuvo: “... Tal como lo hemos señalado recientemente...’la protección igualitaria de las leyes no puede ser limitada por estándares del siglo 18’...” (Caso “Baker v. State”, sentencia del 20.12.1999).

Por otra parte, el hecho que tradicionalmente el matrimonio haya sido concebido únicamente como limitado a personas de sexo diferente (y que quizás lo sea aún en la actualidad para la mayoría de nuestra población), no es una razón suficiente que satisfaga el exigente estándar constitucional de “interés estatal imperativo”.

Ello fue señalado por la Suprema Corte del Estado de Massachussets (Estados Unidos de América), también al declarar la inconstitucionalidad de la legislación local que prohibía el matrimonio de personas del mismo sexo: desde el punto de vista del derecho constitucional, la tradición ni la convicción de la mayoría de la población de que una distinción es moralmente válida, puede justificar por sí solas la perpetuación de una jerarquía en la cual las parejas del mismo sexo y sus familias son consideradas merecedoras de menor reconocimiento social y legal que las parejas del sexo opuesto y sus familias (Caso “**Goodrige v. Department of Public Health**”, sentencia del 18.11.2003; voto concurrente del juez Greaney).

En esa oportunidad, el nombrado magistrado citó el fallo de la Corte Suprema Estadounidense en el caso “**Lawrence v. Texas**” (539 U.S.558 -2003), en el cual el tribunal declaró la inconstitucionalidad de una ley local que reprimía las relaciones consensuales homosexuales entre adultos.

Los argumentos desarrollados en esa oportunidad son directamente relevantes para rebatir un posible argumento fundado en la “tradición” o en la “moral dominante”:

“La condena [**de las relaciones homosexuales**] ha sido formada por creencias religiosas, concepciones acerca de cuáles conductas son correctas y aceptables y por el respeto a la familia tradicional. Para muchas personas, esas no son preocupaciones triviales sino convicciones profundas, aceptadas como principios éticos y morales a las cuales aspiran y que, en consecuencia, determinan el curso de sus vidas. Sin embargo, esas consideraciones no responden a la cuestión que tenemos que resolver. La cuestión es si la mayoría está facultada a utilizar el poder del Estado para convertir esas creencias en legalmente obligatorias respecto de toda la sociedad a través de la utilización del derecho penal” (caso “Lawrence”, cit., voto de la mayoría).

Por su parte, en el voto concurrente de la jueza O’Connor, también se formularon consideraciones que son aplicables al presente caso:

“El rechazo moral respecto de un grupo no puede constituir un interés estatal legítimo bajo la Cláusula de la Protección Igualitaria<sup>16</sup> porque las clasificaciones legales no deben haber sido ‘fijadas con el propósito de poner en desventaja a un grupo afectado por la ley’. La invocación del Estado de Tejas del rechazo moral como un interés estatal legítimo no prueba nada más que el deseo del Estado de Tejas de criminalizar la sodomía homosexual. Pero la Cláusula de la Protección Igualitaria prohíbe a un Estado crear ‘una clasificación de personas por el mero deseo de crearla’...” (Caso “Lawrence”, cit.).

En definitiva, la remisión al concepto “tradicional” de matrimonio es un argumento muy pobre para oponerse al reconocimiento del derecho ya que, tal como lo explica el constitucionalista estadounidense John Hart Ely, “... si la Constitución solo va a proteger a los valores que están de acuerdo con los valores tradicionales, las personas que más posibilidades tienen de ser penalizadas por su forma de vida van a ser aquéllas que menos probabilidades tendrán de recibir protección judicial. Por tal razón, la remisión a la tradición no parece compatible con la teoría básica del control popular ni con el espíritu de la disposiciones **[constitucionales]** destinadas a controlar el poder de la mayoría, respecto de las cuales intentamos encontrar su contenido” (“**Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review**”, Harvard University Press, 1980, página 62).

Tampoco, por cierto, sería suficiente la genérica invocación al “bien común” para justificar la prohibición:

Resultan aquí muy pertinentes las consideraciones del Alto Tribunal formuladas recientemente en el caso “Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transexual”, en oportunidad de revocar la decisión de la Sala “K” de la Cámara de Apelaciones en lo Civil de la Capital que había confirmado la denegatoria de la personería de la entidad actora por parte de la autoridad administrativa.

Así, señaló la Corte Suprema lo siguiente sobre esta cuestión:

“15) Que el ‘bien común’ no es una abstracción independiente de las personas o un espíritu colectivo diferente de éstas y menos aún lo que la mayoría considere ‘común’ excluyendo a las minorías, sino que simple y sencillamente es el bien de todas las personas, las que suelen agruparse según intereses dispares, contando con que toda sociedad contemporánea es necesariamente plural, esto es, compuesta por personas con diferentes preferencias, visiones del mundo, intereses, proyectos, ideas, etc. Sea que se conciba a la sociedad como sistema o como equilibrio conflictivo, lo cierto es que en tanto las agrupaciones operen lícitamente facilitan la normalización de las demandas (desde perspectiva sistémica) o de reglas para zanjar los conflictos (desde visión conflictivista). “Desde cualquiera de las interpretaciones ‘la normalización para unos o la estabilización para otros’ produce un beneficio para la totalidad de las personas, o sea, para el ‘bien común’.”

No es compatible con el cúmulo de libertades básicas de los individuos una regulación matrimonial que favorezca la acentuación de la desprotección y estigmatización de ciertos grupos de personas. No debe subestimarse el papel que juega la descalificación

---

<sup>16</sup> Enmienda 14° de la Constitución Estadounidense, equivalente al artículo 16 de la Constitución Nacional.

pública -y legal- de determinadas conductas humanas en quienes las practican. El Estado no puede sustraer a las parejas homosexuales de la protección que las leyes otorgan a las heterosexuales unidas en matrimonio civil, sin limitar y condicionar correlativamente la elección y materialización de planes de vida. En este sentido, se impide la posibilidad igual de desarrollar libremente el derecho a la autonomía personal constitucionalmente reconocido.

Toda regulación legal que acentúe el ostracismo de ciertos grupos de personas, además de resultar violatorias de los derechos de esas personas, **reduce las posibilidades de alcanzar una verdadera democracia, que incluya la mayor cantidad de puntos de vista posibles. No sólo se priva del goce de derecho a los damnificados directos sino que se priva a toda persona de la posibilidad de exponerse a visiones alternativas de la vida, la sexualidad, las relaciones sociales y familiares. Así, el costo en términos de autonomía personal resulta central de cara a las personas del mismo sexo que desean casarse, pero también trasciende su universo y afecta a toda persona.**

La ADC considera, que no se trata de saber si son posibles otras formas de vida familiar y afectiva distintas de la tradicional, porque las tenemos delante nuestro y sabemos que existen. **Se trata de saber si es posible un marco legal suficientemente genérico para adaptar sus institutos a estas realidades.** Y que, un paso importante al que se puede tender es al reconocimiento público de la existencia de la estigmatización y del sufrimiento inflingido, y la ilicitud de las discriminaciones en que se apoyan (Juzgado CAYT N°15, autos “*FREYRE ALEJANDRO CONTRA GCBA SOBRE AMPARO [ART. 14 CCABA]*”, Expte.: EXP 34.292/0, del 10 de noviembre de 2009).

Para finalizar, la ADC considera que la única limitación que podría admitir la libertad de casarse, cuando afecta en una cuestión central la autonomía de las personas, sería evitar un perjuicio sustancial, cierto y concreto a derechos de terceros.<sup>17</sup> Este tipo de razones es difícil de justificar cuando se trata de la unión voluntaria de dos personas, no importa su orientación sexual, que quieren que esa unión tenga el reconocimiento jurídico que implica el casamiento (legislado en el CC). **Es importante recalcar que la exclusión a las parejas de igual sexo de la posibilidad que se otorga a las de distinto sexo viola el principio de igualdad constitucional y justifica una obligación de hacer del legislador (desarrollo legislativo).**

Tanto desde la perspectiva de la protección del derecho a la autonomía personal o desde el derecho a la igualdad en función del de no discriminación, la reglamentación del derecho a contraer matrimonio contenida en los artículos 172 y 188 del Código Civil no supera el control de constitucionalidad en cuanto *aniquila* ese derecho respecto de las personas del mismo sexo que desean hacerlo, sin que se presenten las circunstancias que podrían tornar jurídicamente tolerable dicha prohibición.<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> CSJN, 21/12/2006, consid. 11).

<sup>18</sup> Ver al respecto: Fallo “Canevaro, Martín y otro c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)”

**El fin buscado por los proyectos actualmente en discusión en la Cámara de Diputados se inscribe dentro de la más justa y contemporánea interpretación de los derechos humanos y su debate en el Parlamento resulta una evolución esperada en nuestro sistema de protección, que no sólo es un compromiso del Estado argentino en el orden interno sino que así también se ha obligado en el ámbito internacional<sup>19</sup>.**

Dados todos los antecedentes que se reseñan, es clara la carga que pesa sobre el Estado en explicar qué sustento existiría para las exclusiones que el actual régimen de matrimonio civil trae, carga que jamás ha sido satisfecha con el mínimo e indispensable rigor.

Por las razones expuestas la ADC se pronuncia en favor de un amplio debate legislativo sobre matrimonio entre personas del mismo sexo deseando que se logre una modificación en la legislación actual que respete el pleno cumplimiento del derecho a la igualdad.

---

<sup>19</sup> Conforme informe presentado por José Miguel Onaindia en la reunión de las Comisiones de Familia y Legislación General en noviembre de 2009