



## *Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*

**“CANEVARO, MARTÍN Y OTRO C/ GCBA S/AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte. N° EXP 36410/0**

///dad Autónoma de Buenos Aires, 19 de marzo de 2010.-

**VISTOS:** para dictar sentencia en la presente causa iniciada por los actores MARTÍN CANEVARO y CARLOS HUMBERTO ÁLVAREZ NAZARENO, de cuyas constancias;

### **RESULTA:**

1. Que MARTÍN CANEVARO y CARLOS HUMBERTO ÁLVAREZ NAZARENO promovieron acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires con el objeto de obtener un pronunciamiento judicial que “[d]eje sin efecto, por discriminatorio, el acto del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Delegación CGP n° 5, que con fecha 10 de diciembre de 2009, denegó [su] solicitud de turno para contraer matrimonio por motivo de [su] orientación sexual” (ver fs. 1).

Asimismo requirieron que se ordene al GCBA “[s]e [les] permita contraer matrimonio en igualdad de condiciones en que lo hacen las parejas heterosexuales, en el mismo momento que se notifique la sentencia” (v. fs. 1).

Por último, solicitaron la inconstitucionalidad de los artículos 172 y 188 del Código Civil de la Nación y sus normas concordantes, “[e]n tanto puedan considerarse en basamento del acto atacado”.

Relatan que el 10 de diciembre del año próximo pasado se presentaron ante la Delegación del Registro Nacional de Estado Civil y Capacidad de las Personas, CGPC 5 a fin que dicho organismo les otorgue una fecha para contraer matrimonio. Ante su pedido, señalan que la funcionaria de dicha repartición les respondió que la ley de fondo le prohibía casar a dos personas del mismo sexo y por eso se encontraba imposibilitada a otorgarles un turno para contraer matrimonio (v. fs. 4).

Reclaman la igualdad de derechos debido a que –a su entender- la ley que se invoca como inconstitucional, no les permite ejercerlos.

Agregan que la ley de Unión Civil es una norma que otorga pocos derechos y resulta totalmente insuficiente a los efectos de resguardar la infinidad de situaciones jurídicas que nacen de su relación, toda vez que no reconoce derechos patrimoniales, ya que sus patrimonios no conforman una sociedad conyugal, no existe la calificación de bienes gananciales, ni la vocación hereditaria (v. 3/4).

Asimismo arguyen que dicha figura solo está reconocida en el ámbito de la Ciudad, ya que no es reconocida en todo el territorio nacional ni en otros países a los que pudieran ir (v. fs. 4).

Basan su derecho en los artículos 14, 16, 18, 19, 20 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional; en los artículos 11 y 12 inciso 6 de la Constitución de la Ciudad; en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; en la Convención Americana de Derechos Humanos y en la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Por último, al analizar el articulado del Código Civil, indican que entre las causales enumeradas por el artículo 166 que acarrear la nulidad absoluta del acto matrimonial en momento alguno refiere expresamente que exista un impedimento para que un hombre pueda contraer matrimonio con otro hombre, o una mujer con otra mujer.

En cuanto el consentimiento matrimonial , señalan que el artículo 172 de dicha norma establece que “[e]s indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por hombre y mujer ante la autoridad competente para celebrarlo. El acto que careciere de alguno de estos requisitos no producirá efectos civiles aunque las partes hubieran obrado de buena fe, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente”.

A su entender dicha norma establece sólo tres requisitos indispensables para la existencia del acto: a) consentimiento pleno y libre; b) que el consentimiento sea expresado personalmente; y c) que lo sea ante autoridad competente (v. fs. 23).

Mencionan que la incorporación en el texto legal del requerimiento de que ese libre consentimiento sea expresado personalmente “por hombre y mujer” devendría en un término que facilitaría la existencia de opiniones contradictorias respecto a la identidad sexual de los contrayentes (v. fs. 23).

Aluden que ese es el único detalle jurídico que parecería impedir legalmente, según alguna interpretación, que dos personas del mismo sexo puedan dar su consentimiento válido a fin de poder contraer matrimonio entre sí.

Concluyen que el consentimiento es un requisito que debe ser cumplido tanto por el hombre como por la mujer, pero no necesariamente siempre debe haber presencia de un hombre y de una mujer en forma conjunta (v. fs. 23).

En cuanto a la declaración de matrimonio refieren que “[a]l analizar detenidamente el art. 188 del Código Civil de la Nación, nos encontramos ante una flagrante discriminación que, mediante un anacronismo dialéctico, refiere ‘en el acto de la celebración de matrimonio, el oficial público leerá a los futuros esposos los artículos 198, 199 y 200 de este Código, recibiendo de cada uno de ellos, uno después del otro, la declaración de que quieren respectivamente tomarse por marido y mujer, y pronunciará en nombre de la ley que quedan unidos en matrimonio’” (v. fs. 25).

Por último, ofrecen prueba documental, testimonial y formulan reserva del caso federal.

2. Que corrido el pertinente traslado de la demanda el GCBA lo contestó a fs. 43/46.

En primer lugar señala que la actuación del GCBA no está investida de la ilegalidad o arbitrariedad manifiesta que exige el art. 14 de la CCABA, ello así “[d]ebido a que la causa jurídica idónea, que lleva a denegar el turno para contraer matrimonio a dos personas del mismo sexo, reside en disposiciones del Código Civil, que por ser derecho común, está fuera de la competencia regulatoria de la Ciudad (conf. arts. 75 inc. 12 y 126 de la Constitución Nacional)” (v. fs. 43).

Indica que se debe tener en cuenta que el Poder Ejecutivo de la CABA no está habilitado constitucionalmente para declarar por sí la inconstitucionalidad de una norma legal y sólo el Poder Judicial tiene dicha facultad.

Motivo por el cual concluye que es claro que la denegatoria impugnada en autos no es manifiestamente ilegal, por cuanto por las razones antedichas existe una imposibilidad jurídica del GCBA para obrar de un modo diferente (v. fs. 43 vta.).

Subraya que si el GCBA hubiera otorgado el turno solicitado y, en su caso, los aquí actores hubieran contraído matrimonio, en dicho marco se habría dictado un acto administrativo viciado de nulidad absoluta e insanable por encontrarse, en dicha hipótesis, ostensiblemente afectados sus elementos (v. fs. 44).

3. Que a fs. 48, atento la inexistencia de hechos controvertidos entre las partes, se declaró la causa como de puro derecho y a fs. 51 se ordenó correr vista a la Sra. representante del Ministerio Público Fiscal. El dictamen efectuado por la magistrada subrogante obra a fs 52/56.

En primer lugar, entendió que el suscripto omitió correrle oportunamente vista para que se expidiera sobre la competencia del Tribunal. Enfatizó al respecto que la “[a]lzada del fuero ha establecido que al omitir el cumplimiento de un acto procesal



## *Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*

**“CANEVARO, MARTÍN Y OTRO C/ GCBA S/AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte. N° EXP 36410/0**

establecido por ley —tal como correr vista al Ministerio Público Fiscal— importa una medida que no se ajusta a derecho dado el apartamiento del procedimiento previsto por el legislador, lo cual no resulta subsanable por una vista posterior (causas `San Juan, Cristina Beatriz c/GCBA s/acción meramente declarativa’, Expte. EXP 6980/0 sentencia del 18/07/2003, ver en particular los votos de los Dres. CENTANARO y CORTI y `Crocitta de Peona, Alicia s/GCBA s/acción meramente declarativa’ Expte. EXP-3522/0 sentencia del 27/02/2004)”. Asimismo indicó que no se puede perder de vista que de la interpretación armónica de los artículos 33, inciso 2, y 35 de la ley 1903 resulta claro que es facultad de los fiscales dictaminar en las “cuestiones de competencia”.

En segundo lugar señaló que este fuero Contencioso Administrativo y Tributario no resulta competente para entender en los presentes obrados. En ese orden señaló que *“el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires no puede ser considerado sustancialmente como parte”* (...) *“en su mera función de aplicador automático de un régimen legal nacional”* y que la cuestión comprende una de las competencias en cabeza de la Justicia Nacional en lo Civil que aún no fueron transferidas al ámbito porteño mediante convenios específicos.

En tercer término se expidió sobre el planteo de inconstitucionalidad incoado por los amparistas en el escrito de demanda.

En primer lugar señaló que de la letra del artículo 172 del Código Civil y de los debates parlamentarios de la ley 23.515 surge que *“[l]a intersexualidad es un requisito necesario no ya para la validez (como es el caso de los impedimentos) sino para la existencia misma del matrimonio”* (v. fs. 55 vta.).

A su entender para que exista matrimonio se necesita pleno y libre consentimiento y que los contrayentes sean hombre y mujer.

Agregó que antigua y pacífica jurisprudencia de la CSJN, consagra la unidad de la legislación civil como consecuencia de la unidad política de la República, y que no cabe admitir que los Estados autónomos puedan *destruirla* (sic) y que la modificación directa o indirecta de la legislación civil por órganos locales sería repugnante a los principios de los artículos 31, 75 y 126 de la Constitución Nacional (v. fs. 55 vta./56).

De ello concluye que los artículos 172 y 188 del Código Civil claramente no autorizan al matrimonio entre personas del mismo sexo, por lo que para arribar a un pronunciamiento contrario al rechazo del planteo de inconstitucionalidad que propicia, el juzgador necesariamente debería llevar adelante una labor interpretativa superadora de la propia letra de la ley. Y dicha tesitura *“[i]mportaría interpretar normas nacionales que no requieren interpretación por cuanto no existía ni existe silencio, oscuridad o ambigüedad en los artículos referidos y, por ende, sustituirse en el rol del legislador, asumiendo la misión de crear la ley liberándose del imperativo de regirse por el derecho vigente, con el peligro que trae aparejado la adopción de una decisión conformada primordialmente por fundamentos puramente subjetivos”* (ver fs. 56).

Por último, indicó que las normas emanadas del Congreso Nacional que aquí se analizan no requieren una construcción interpretativa a efectos de dar solución al conflicto de autos dado que su letra es clara y la voluntad del legislador no da lugar a dudas. A ello sumó que la determinación del modelo matrimonial es un problema que excede el ministerio propio de la jurisdicción, para adentrarse en la actividad normativa de la Nación, en un nivel que no corresponde determinar en una causa judicial.

## Y CONSIDERANDO:

4. Que si bien ambas partes se han pronunciado coincidente y expresamente respecto de la competencia del suscripto para entender y resolver en autos, atento a los reparos efectuados por la representante del Ministerio Público Fiscal (fs. 52/56), resulta necesario efectuar unas breves consideraciones sobre el particular.

Con carácter previo, he de expedirme respecto de las manifestaciones realizadas por la citada magistrada respecto de la oportunidad en que se le ha corrido vista en estos obrados.

Ha de recordarse en primer término que el proceso de amparo se destaca por expreso mandato constitucional por su carácter *expedito y rápido* y por encontrarse desprovisto de “*formalidades procesales que afecten su operatividad*” (art. 14 CCABA). En ese contexto, la regulación procesal específica del instituto dada por la ley 2145, establece que “[n]o procede la recusación sin causa, **ni podrán articularse cuestiones de competencia o excepciones de previo y especial pronunciamiento**” (art. 13, el resaltado nos pertenece) y que “[t]odas las resoluciones son inapelables, excepto la sentencia definitiva, el rechazo in limine de la acción, la que resuelva reconducir el proceso, la que resuelva la caducidad de la instancia, el rechazo de una recusación con causa y las que versen sobre medidas cautelares” (art. 20).

Se observa de este modo que el legislador en la regulación procesal específica del amparo ha excluido el planteo de cuestiones de competencia y, además, ha dispuesto que las resoluciones que se adopten al respecto resultan *inapelables*. A ello cabe agregar, que de modo congruente sólo establece de modo expreso la obligación de correr vista al Ministerio Público Fiscal en aquellos casos en que se cuestione la constitucionalidad de una norma (art. 16).

La ley 1903 (Orgánica del Ministerio Público) no varía en la cuestión, en tanto establece de modo general que el Ministerio Público Fiscal debe dictaminar en “cuestiones de competencia” (que se encuentran excluidas expresamente del trámite del amparo por el art. 13 de la ley 2145) y en “cuestiones de inconstitucionalidad” (art. 33).

Llegados a este punto, resulta indispensable destacar que la jurisprudencia citada sobre esta cuestión por la Sra. Fiscal subrogante resulta manifiestamente inaplicable al caso. Ello por cuanto, se trata de casos en los que en el marco de un *proceso ordinario* se resolvió respecto de la habilitación de la instancia sin que medie previo dictamen fiscal. Adviértase que el presente es un proceso de *amparo*, que cuenta con una regulación constitucional y legal específica que *expresamente* excluye el instituto de la habilitación de la instancia y que, por ende, no contiene una norma expresa que obligue a correr vista al fiscal sobre tal temática como sí está prevista en el artículo 273 del CCAyT.

En el caso, el suscripto no ha omitido ninguna vista expresamente estipulada por la legislación, sino que ha intentado ser respetuoso del mandato constitucional y legal de celeridad que rige el trámite de la acción de amparo. Asimismo, lo ha sido de las facultades del Ministerio Público Fiscal, a quien se ha dado oportuna intervención en el proceso de un modo que, en definitiva, le ha permitido efectuar —dentro del ámbito de sus funciones y con carácter previo al dictado de la sentencia de fondo— todas las consideraciones que ha estimado pertinentes (ver fs. 51).

4.1. Que sabido es que tras largos años de intentos frustrados (ya a principios del siglo XX MARIO BRAVO postulaba un régimen de intendente electivo, con voto femenino y de extranjeros —*La Ciudad Libre*, Buenos Aires, Ferro & Gnoatto Editores, 1917—) la reforma constitucional de 1994 consagró la autonomía porteña, poniendo fin a la permanente amputación de derechos ciudadanos que los habitantes de la Ciudad padecían de diferentes modos desde hacía más de un siglo (ver al respecto, la completa reseña que efectúa ANTONIO M. HERNÁNDEZ [H.] en *Derecho Municipal – Volumen 1*, Buenos Aires, Depalma, 1997).

En efecto, el artículo 129 de la Constitución nacional actualmente prescribe que la “*ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción, y su jefe de gobierno será elegido directamente por el*



## *Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*

**“CANEVARO, MARTÍN Y OTRO C/ GCBA S/AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte. N° EXP 36410/0**

*pueblo de la ciudad” y que “[u]na ley garantizará los intereses del Estado nacional, mientras la ciudad de Buenos Aires sea capital de la Nación.”*

Corresponde aquí efectuar un primer análisis. Más allá de las diferentes categorizaciones que se le han otorgado al nuevo *status* de la Ciudad de Buenos Aires (ver, por ejemplo, el repaso de la cuestión que efectúa REIRIZ, MARÍA GRACIELA en “El *status* jurídico de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y su relación con la jurisdicción originaria de la CSJN” publicado en Revista *[áDA Ciudad*, N°2, Septiembre 2008) lo cierto y concreto es que el constituyente se ha expedido por un gobierno autónomo con facultades *propias* de legislación y jurisdicción. Transitoriamente, y mientras la ciudad sea capital de la Nación, una ley del Congreso Federal *garantizará los intereses del Estado nacional*. Se advierte así que el contenido de esa ley del Congreso se encuentra limitado por la Constitución nacional, esto es, puede referirse sólo a preservar aquellos aspectos relacionados con la circunstancia temporal que habilita el dictado de esa norma, es decir las funciones de Capital Federal que ejerce la Ciudad.

Así, el artículo 129 contiene un mandato *permanente* que es el que consagra el *gobierno autónomo con facultades propias de legislación y jurisdicción* de la Ciudad de Buenos Aires y una directiva *transitoria* para que el Congreso Federal garantice los intereses del Estado nacional en tanto la ciudad sea la sede de los poderes federales.

En un ejercicio al menos polémico de tal facultad, el Congreso dictó la ley 24.588 que, en lo que respecta al ámbito judicial, dispuso en su artículo 8° que la justicia nacional ordinaria de la Ciudad de Buenos Aires mantendría “*su actual jurisdicción y competencia continuando a cargo del Poder Judicial de la Nación*” y que la Ciudad de Buenos Aires tendría facultades propias de jurisdicción en materia de vecindad, contravencional y de faltas, contenciosoadministrativa y tributaria locales.

También en su artículo 5° se estableció que la Ciudad será continuadora a todos sus efectos de la ex Municipalidad, y que la legislación nacional y municipal existente a la fecha de entrada en vigencia de la Constitución local, seguiría siendo aplicable, *en tanto no fuera derogada o modificada por las autoridades nacionales o locales*, según correspondiere.

Como es sabido, hasta 1994 el Congreso Nacional actuaba como legislatura local respecto de la Ciudad de Buenos Aires. De allí que numerosas leyes nacionales tenían respecto de la Ciudad el carácter de normas locales. Lentamente, la Ciudad ha ido sustituyendo esas leyes nacionales “locales”. Algunos ejemplos están dados por la ley de amparo 2145 que vino a sustituir al decreto-ley 16.986/66 que regía parcialmente los procesos de amparo ante los fueros porteños; la ley 404 que regula el ejercicio de la función notarial y de la profesión de escribano en el ámbito de la Ciudad y reemplazó a la venerable 12.990; la ley 466 que creó el Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad de Buenos Aires y reemplazó a la ley nacional 20.476; etc.

Lo propio sucedió con normas de atribución de competencia jurisdiccional. De este modo, la ley 189 de la Ciudad consagró el Código Contencioso Administrativo y Tributario porteño (en adelante, CCAYT) que en sus artículos 1 y 2 define la competencia del fuero, dejando sin efecto lo prescripto por el artículo 97 del decreto-ley 19.987/72 que establecía que “*todas las causas originadas por la actividad de la Municipalidad, que se manifieste por actos de contenido general, tanto en el ámbito del derecho público como del privado, o individual, o por hechos, se substanciarán por vía de acción ... ante los juzgados nacionales de primera instancia en lo Civil*” y también al artículo 43 del decreto-ley 1285/58 ratificado por la ley 14.467 sobre Organización de los Tribunales Nacionales (texto según ley 23.637), que al mencionar las cuestiones atinentes a los juzgados nacionales de primera instancia en lo civil, en su artículo 43, inciso “a”, incluía a aquellas

*“en las que sea parte la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, excepto en las de naturaleza penal”.*

Vemos de este modo que, sin perjuicio de las objeciones que nos pueda merecer la ley 24.588 en cuanto en muchos aspectos restringiría la autonomía porteña más allá de lo autorizado por la Constitución nacional, incluso la puesta en práctica de la acotada autonomía judicial que concedió implica *necesariamente* el traspaso a los nuevos fueros porteños de diversas competencias que hasta ese momento se encontraban en cabeza de diversos fueros nacionales.

Adviértase que, al margen del caso contencioso, la puesta en marcha de la justicia de “vecindad” redundará seguramente, en su momento, en un nuevo traspaso de competencias de los fueros nacionales a los autónomos porteños previsto específicamente por la ley 24.588.

Como se expuso, con carácter previo a la reforma constitucional de 1994 se había adoptado un criterio subjetivo para definir la competencia judicial respecto de los procesos en que fuera parte la Municipalidad de Buenos Aires. Es decir, cualquier tipo de juicio en que la Municipalidad fuese parte —a excepción de los de naturaleza penal— estaba asignado a la justicia civil (art. 97 del decreto-ley 19.987/72 y art. 43, inc. “a”, del decreto-ley 1285/58).

El legislador porteño al definir los contornos del fuero contencioso administrativo y tributario optó por mantener el mismo criterio subjetivo que regía respecto de la MCBA antes de la reforma constitucional y que desde la doctrina postulaba históricamente FIORINI haciendo hincapié en que resulta más simple, más lógico y más fecundo para el derecho administrativo (FIORINI, BARTOLOMÉ A. *Qué es el contencioso*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 196/197).

Expresamente en el despacho de comisión de la ley 189 se expuso que “la norma cuya aprobación se propone está destinada a regir tanto la pretensión contencioso administrativa (*strictu sensu*), es decir, aquélla promovida por los particulares cuyo objeto principal consiste en la revisión judicial o declaración judicial de nulidad de un acto administrativo, de alcance particular o general, como también de toda otra promovida por o contra las autoridades de la administración local (*lato sensu*), aunque en ellas se ventilen y resuelvan conflictos regidos por el derecho privado (art. 129 de la Constitución Nacional)”. Asimismo se destacó que “a la luz de la autonomía consagrada en la Constitución Nacional, y el mandato imperativo del artículo 6º de la Constitución de la ciudad, se considera que si las pretensiones articuladas contra la Ciudad de Buenos Aires, que no fueran estrictamente ‘contencioso administrativas o tributarias’, tramitaran ante los llamados tribunales ‘nacionales’, se produciría una situación de virtual intervención federal a la autonomía local a través del Poder Judicial de la Nación” (ver versión taquigráfica de la sesión legislativa del 13 de mayo de 1999).

En este orden, la ley 189 estableció que “[s]on causas contencioso administrativas a los efectos de este Código, todas aquellas en que una autoridad administrativa [de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires], legitimada para estar en juicio, sea parte, cualquiera que sea su fundamentación u origen, tanto en el ámbito del derecho público como del derecho privado. La competencia contencioso administrativa es de orden público” (art. 2º). Se define, asimismo, el concepto de “autoridad administrativa” y se entiende por tal a “la administración pública centralizada, desconcentrada y descentralizada, los órganos legislativo y judicial de la Ciudad de Buenos Aires en ejercicio de la función administrativa y los entes públicos no estatales o privados en cuanto ejercen potestades públicas otorgadas por las leyes de la Ciudad” (art. 1º).

La jurisprudencia del fuero ha sostenido en reiteradas ocasiones el criterio delineado por el CCAYT. Así, al resolver en el marco de un sonado caso en el que solicitaba autorización para realizar un aborto terapéutico en un caso de anencefalia, la Sala 1 de la Cámara de Apelaciones del fuero sostuvo revocar la declaración de incompetencia del tribunal de primera instancia que para establecer la competencia de la Justicia Contencioso Administrativa y Tributaria de la Ciudad en un caso concreto, no debe atenderse, en principio, a la materia sobre la que versa el litigio o a la naturaleza de las



## *Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*

**“CANEVARO, MARTÍN Y OTRO C/ GCBA S/AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte. N° EXP 36410/0**

cuestiones debatidas, sino a la circunstancia de que sea o no parte en el proceso cualquiera de las autoridades administrativas que enumera el art. 1 del CCAYT (autos “T., S. c/GCBA s/Amparo”, resueltos el 23-11-00, criterio reiterado en EXP 25754/1, “GCBA s/Otros Procesos incidentales”, del 3-4-08, entre otros).

**4.2.** Que previo a abocarnos al análisis de la competencia del tribunal en el caso concreto deviene imprescindible puntualizar los criterios generales que resultan constitucionalmente aplicables a tal menester.

**4.2.a.** En primer término ha de señalarse que, por imperio del artículo 31 de la Constitución nacional rige en nuestro país el principio de *supremacía constitucional*. De este modo, toda la legislación infra constitucional relacionada con la materia en estudio debe amoldarse a lo dispuesto en el último artículo del Título Segundo, *Gobiernos de Provincia*, de la Segunda Parte de la Constitución nacional. Esto es, la “*ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción*”. La única cortapisa constitucionalmente válida a tal autonomía está dada por los límites que se fijen por ley del Congreso Federal y *que se relacionen de modo directo con la función de Capital Federal de la ciudad*.

**4.2.b.** En segundo lugar, no puede dejar de mencionarse que el artículo 33 de la Constitución federal contempla y protege los derechos no enumerados pero que deriven “*del principio de soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno*”. Va de suyo, que quizás el principal derecho que emana del principio de soberanía popular y de la forma republicana es el de *autogobierno*. Es decir, la facultad de los ciudadanos y ciudadanas de poder decidir qué gobernantes y qué legisladores administrarán sus destinos y, con la mediación de los sistemas institucionales pertinentes, también qué jueces los juzgarán. La cuestión no es menor respecto de los habitantes de la Ciudad, que históricamente han visto cercenados sus derechos en la materia.

Así, en lo que aquí nos ocupa, a la hora de evaluar una cuestión de competencia respecto de un proceso judicial que no verse sobre cuestiones estrictamente federales, no podrá dejar de tenerse en cuenta el derecho de los ciudadanos y ciudadanas de Buenos Aires a ser juzgados por tribunales totalmente conformados a través de un procedimiento complejo en el cual un Consejo de la Magistratura *de la Ciudad* integrado por los representantes de los *legisladores de la Ciudad*, de los *jueces de la Ciudad* y de los *profesionales del Derecho de la Ciudad* lleva a cabo un concurso público de oposición y antecedentes del que surgen candidatos que son sometidos a conocimiento de la *Legislatura de la Ciudad*.

Sobre el punto, Tribunal Superior de la Ciudad, ha recordado “*la regla general según la cual asisten a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como propias, todas las facultades no delegadas a la Nación en el texto de la Constitución Nacional ni retenidas o conservadas por el gobierno federal*”. En la misma ocasión, se afirmó que “*desde una concepción de Estado basada en el principio de soberanía popular y en la forma republicana de gobierno, los estados locales delegantes no concurren a esa delegación con poderes reconocidos como propios en sentido estricto, sino como resultantes de un aporte de los individuos a quienes representan. Desde esta perspectiva, no caben dudas acerca de que el ‘pueblo’ —cuya soberanía constituye uno de los principios fundamentales de la CN y base de los poderes que ejercen las autoridades que establece— es tanto el que reside en las Provincias, como el que lo hace en la Ciudad de Buenos Aires. Negar facultades propias de los estados locales a esta Ciudad importa negar la igualdad entre pares; esa igualdad que exige reconocer iguales gobiernos para personas iguales y con idénticos derechos a los de sus vecinos*” (autos, “Ministerio Público —Fiscalía de Cámara en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 1— s/queja por recurso de

inconstitucionalidad denegado en: Incidente de incompetencia en autos ‘NN s/ inf. art. 00 —presunta comisión de un delito—’. Exp. 6397/09, resueltos el 27/08/09).

**4.2.c.** Como tercera directriz orientadora, el artículo 6° de la Constitución porteña impone a las “*autoridades constituidas*” el “*mandato expreso, permanente e irrenunciable del Pueblo de la Ciudad, para que en su nombre y representación agoten en derecho las instancias políticas y judiciales para preservar la autonomía y para cuestionar cualquier norma que limite la establecida en los artículos 129 y concordantes de la Constitución Nacional*”. En sintonía, el artículo 1° *in fine* menciona que la Ciudad ejerce todo el poder no conferido por la Constitución Nacional al Gobierno Federal.

En tal contexto, también constituye un mandato legal insoslayable el carácter de orden público que el artículo 2 del CCAyT otorga a la competencia de este tribunal en los casos definidos por la ley 189. Sobre el punto, la jurisprudencia del fuero ha considerado que el juzgamiento de una controversia como la que se sustanciaba en esos autos por una autoridad judicial de otra jurisdicción, conculcaría el orden público establecido en el mencionado artículo, en abierto menoscabo de la autonomía de la Ciudad, cuya preservación es obligatoria para los magistrados conforme el artículo 6 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Cámara del Fuero, *in re “Yosifides, Ileana c/GCBA s/Amparo”*, Expte.: EXP 45; “*Schapira, Iris Teresa c/GCBA s/cobro de pesos*”, Expte.: EXP 5470, entre muchos otros).

**4.3.** Que en materia de amparo el artículo 7 de la ley 2145 dispone que “[c]uando la acción [...] sea dirigida contra autoridades públicas de la Ciudad, será competente para conocer el fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad.”

En ese orden, la demanda que dio origen a estos actuados tiene por objeto cuestionar un acto del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante, Registro Civil) por el que se denegó turno para contraer matrimonio a los actores por motivos relacionados con su orientación sexual.

Conforme el artículo 1° de la ley 14.586 el Registro Civil de la Ciudad de Buenos Aires “*estará a cargo de la dirección del Registro Civil de la Municipalidad*” en tanto que el artículo 2° de la ley 26.413 establece que el “*Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas será organizado por los gobiernos provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y estará a cargo de un director general, el que deberá poseer título de abogado*”.

Se trata, entonces, de un órgano desconcentrado de la administración porteña y, como tal, plenamente encuadrable en el concepto de “autoridad administrativa” definido en el artículo 1° del CCAyT, por lo que cualquier proceso judicial en el que se examine su actuación (a excepción de cuestiones de naturaleza penal) constituye “causa contencioso administrativa” y debe tramitar ante el fuero contencioso administrativo y tributario de la Ciudad (art. 2°, ley 189).

Al respecto, y como quedara expuesto por expresa decisión del legislador porteño, resulta irrelevante si para resolver la cuestión se aplicarán mayoritariamente normas de derecho público o privado (art. 2°, ley 189).

Es que, tal como ha señalado recientemente la Dra. ANDREA DANAS al resolver respecto de la competencia de un expediente similar al de autos, “[e]n tanto la función jurisdiccional contencioso administrativa se ordena a revisar la actuación administrativa para indagar si aquella ha respetado lo que se ha dado en llamar el ‘bloque de legalidad’, todo el plexo normativo resulta aplicable, tanto por las autoridades administrativas, como por los tribunales” (autos “*Vommaro, Pablo Ariel y otros contra GCBA y otros sobre amparo [art. 14 CCABA]*” resueltos el 17 de febrero de 2010).

El carácter de parte demandada en el presente proceso del órgano que dictó el acto cuestionado en nada se ve menoscabado por el hecho de que tal decisión se haya basado en lo dispuesto por una ley nacional. Nótese que los hechos de un recordado *leading case* relativo al control de constitucionalidad, presentaban a un grupo de actores que perseguían subsanar una omisión de un estado local que se basaba en las disposiciones de una ley nacional (modificatoria del Código Civil). La instancia superior de la justicia local



## *Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*

**“CANEVARO, MARTÍN Y OTRO C/ GCBA S/AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte. N° EXP 36410/0**

declaró la inconstitucionalidad de la norma nacional y la CSJN, si bien revocó lo decidido, reivindicó la facultad de efectuar dicho control de constitucionalidad de oficio (CSJN, en autos “*Mill de Pereyra, Rita A. y otros c. Provincia de Corrientes*”, resueltos el 27 de septiembre de 2001).

En sintonía, expresamente la Constitución de la Ciudad establece que “[l]os jueces pueden declarar de oficio la **inconstitucionalidad de la norma en que se funda el acto u omisión lesiva**” (art. 14, el destacado me pertenece). Va de suyo que si puede revisarse *de oficio* la constitucionalidad de la norma (ley o reglamento) en que se funde el acto lesivo, con mayor razón aún podrá hacérselo —como en el caso— a pedido de parte.

No puede tampoco soslayarse que el artículo 75, inciso 12, de la Constitución nacional distribuye de modo diferente las competencias para *dictar* normas de derecho común y de derecho federal —a cargo del Congreso Nacional— y para *resolver judicialmente* conflictos sobre la primera de esas materias (los llamados códigos de fondo), a cargo de los estados locales. En virtud de lo dispuesto en los artículos 5°, 116, 122 y 129 de la Constitución nacional, las provincias y la Ciudad de Buenos Aires se reservan la aplicación de la ley común por sus respectivos tribunales locales.

Al resolver en un caso similar al presente la Dra. GABRIELA SEIJAS destacó que el artículo 116 de la Constitución Nacional no es más que un explícito refuerzo de la mencionada directriz, esencial de la forma federal que la Argentina adoptó para su gobierno, desde el momento en que la competencia de la Corte Suprema y los demás tribunales inferiores de la Nación se extiende al conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por las leyes nacionales, “*con la reserva hecha en el inciso 12 del artículo 75*” (autos, “*FREYRE ALEJANDRO CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)*”, Expte.: EXP 34292/0, resueltos el 10 de noviembre de 2009).

Recordó que tal reserva fue introducida por la Convención de 1860, con el deliberado propósito de impedir que las provincias carecieran de jurisdicción en las materias a que dicha norma hace referencia.

Puntualizó asimismo que luego de la reforma de 1994, la Ciudad de Buenos Aires goza de las mismas facultades jurisdiccionales inherentes al concepto jurídico de autonomía. En ese sentido, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires dispone en su artículo 106 asignar a su Poder Judicial “*el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por esta Constitución, por los convenios que celebre la Ciudad, por los códigos de fondo y por las leyes y normas nacionales y locales*”.

En efecto, el fuero contencioso administrativo y tributario aplica a diario normas del Código Civil en cuestiones tales como prescripción adquisitiva, intereses, obligaciones contractuales, responsabilidad estatal, derechos reales, mayoría de edad, nombre (ver ley 2421), entre muchas otras.

De este modo, el hecho que para resolver en el presente caso resulte menester aplicar, interpretar e incluso revisar la constitucionalidad de diversos preceptos del Código Civil no resulta óbice alguno a la competencia del fuero. Es que, todo magistrado que aplica una norma está facultado para revisar su constitucionalidad en virtud del control difuso de constitucionalidad que consagra nuestro sistema jurídico, sin perjuicio del control concentrado que —respecto de leyes y actos administrativos de alcance general— el constituyente porteño ha establecido en el artículo 113, inciso 2° de la CCABA.

**4.4.** Que no escapa a conocimiento del suscripto la existencia de un precedente de la Sala 1 de la Cámara del fuero por el que se resolvió que el fuero contencioso administrativo y tributario resulta incompetente para entender en un proceso

relacionado con la sustitución del apellido de una menor (Expte.: EXP 4163/0, “*Troya, Magali Noemí y otros contra GCBA sobre otros procesos sumarísimos*”, resueltos el 17 de julio de 2003).

En primer lugar, ha de señalarse que los actuados de referencia se encontraban rodeados de particulares circunstancias, entre las que se destaca el hecho que respecto de la problemática allí tratada existía una intervención anterior de la Justicia Nacional en lo Civil ocurrida en el año 1984.

Por otra parte, no puede soslayarse que con posterioridad a dicho fallo, el propio legislador porteño reconoció que el artículo 3° del decreto ley 18.248 que disponía que las resoluciones denegatorias de nombre del Registro Civil de la Ciudad eran recurribles ante la Cámara de Apelaciones en lo Civil, *invadía la autonomía del distrito* (ver despacho de Comisión de la ley 2421 en la versión taquigráfica de la sesión del 20 de agosto de 2007), razón por la cual dispuso su revisión mediante recurso directo ante la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario (ley 2421). Ello, con base en lo dispuesto en los artículos 1° y 2° de la ley 189 y sin que medie convenio alguno con la órbita nacional.

**4.5.** Que la ley nacional 23.637 sancionada en 1988 establece en su artículo 4 que serán competencia de los juzgados de familia los asuntos relacionados con la autorización para contraer matrimonio y los referidos a la oposición a su celebración y aclara que dichos juzgados “*conocerán en forma exclusiva y excluyente en dichos asuntos*”.

En primer lugar, corresponde determinar la naturaleza de la norma en cuestión. Claramente no se trata de una ley federal, sino de una dictada por el Congreso de la Nación en su carácter de legislatura local que fija la competencia de los juzgados locales. En ese orden, y de acuerdo a lo dispuesto por la propia ley 24.588 en su artículo 5, dicha norma se ve parcialmente modificada por lo dispuesto por el legislador local en la ley 189 que atribuye competencia a los tribunales locales en lo contencioso administrativo y tributario para juzgar aquellas causas en que una autoridad administrativa porteña sea parte *independientemente de la naturaleza del litigio*.

“Vale decir: Los juzgados de familia tienen toda la competencia atribuida por la ley 23.637, mas debe entenderse que en todas aquellas cuestiones que involucren la actuación de una autoridad administrativa, será competente el Fuero Contencioso Administrativo y Tributario. Ello, se insiste, *por estricta aplicación de la Ley Cafiero.*” “[D]ebe entenderse, sin lugar a dudas que el legislador porteño, aplicando la Constitución Nacional en sus artículos 129 y concordantes, y la Ley 24.588 -Ley Cafiero- decidió atribuir en una norma posterior, diferente competencia a las cuestiones como las que aquí se debaten, estableciendo que cada vez que se encuentre en juego la actuación de una autoridad administrativa local, sean competentes estos juzgados, tanto en el ámbito del derecho público o del derecho privado” (Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 9, en los autos “*Vommaro*” ya citados).

Lo expuesto no habilita al legislador porteño a modificar *cualquier* aspecto de la competencia de la justicia local porteña que actúa transitoriamente en la órbita del Poder Judicial de la Nación, la denominada “justicia nacional”, sino sólo aquellos habilitados por la ley 24.588 en el juego armónico de sus artículos 5° y 8°. Es decir, la disposición que preserva para la “justicia nacional” su “*actual jurisdicción y competencia*” comienza a operar luego de materializadas las funciones judiciales que la ley reconoce a la Ciudad. Una interpretación que entienda que el vocablo “*actual*” se refiere al momento del dictado de la ley 24.588 (B.O. 30/11/1995) la torna autocontradictoria, y por ende irrazonable e inconstitucional (art. 28 CN). Es que, una lectura superficial del precepto que no atiende a su interrelación con el resto del marco normativo, deriva en el absurdo de limitar las facultades jurisdiccionales de la Ciudad a la revisión judicial de las faltas. Ello por cuanto, para poner en marcha el fuero porteño que entiende en materia contravencional se sustrajeron *necesariamente* competencias que hasta ese momento ejercía la justicia “nacional” en lo correccional y para hacerlo respecto del contencioso administrativo y tributario se traspasaron —como ya se explicó— importantes porciones de competencia de



## *Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*

**“CANEVARO, MARTÍN Y OTRO C/ GCBA S/AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte. N° EXP 36410/0**

la justicia “nacional” en lo civil. Todo ello por expreso mandato de la ley 24.588 y sin que fuese necesaria la suscripción de convenio interjurisdiccional alguno.

Así, atento al modo en que se ha definido el contencioso local porteño, todas las cuestiones en las que la Ciudad sea parte derivan en competencia del fuero CAYT, con la excepción ya hecha de las de naturaleza penal.

Se trata incluso de un proceso que se consolida, en la legislación y en la jurisprudencia. Adviértase, por ejemplo, que recientemente el legislador local consagró un recurso directo ante la Cámara Contenciosa para revisar las decisiones denegatorias de imposición de nombre del Registro Civil (ley 2421, BOCBA N° 2780 del 02/10/2007). Asimismo, la CSJN ha ratificado que las demandas por daños y perjuicios contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires deben tramitar ante el fuero en lo contencioso administrativo y tributario porteño (*in re* “Fiorito, Omar Horacio”, resueltos el 11 de marzo de 2008, ver también MÁNTARAS, PABLO C., “El alcance de la competencia de la Justicia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires — ¿Es el fallo ‘Fiorito’ de la CSJN un aporte fundamental hacia la plena autonomía de la Ciudad de Buenos Aires en su ámbito jurisdiccional?”, *Revista RAP* N° 376, Enero 2010, p. 91).

Siendo ello así, por las consideraciones expuestas, corresponde concluir en la competencia de este tribunal para entender en el presente proceso.

**5.** Que en primer lugar, corresponde expedirse respecto de la admisibilidad formal del amparo.

Conviene recordar, previo a todo, que los presupuestos de procedencia de la acción de amparo han sido establecidos por el artículo 43 de la Constitución Nacional y el artículo 14 de la Constitución de la Ciudad. De este modo, en su parte pertinente, la Constitución porteña establece que este remedio judicial, de carácter rápido y expedito, permite cuestionar “*todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional, los tratados internacionales, las leyes de la Nación, la presente Constitución, las leyes dictadas en su consecuencia y los tratados interjurisdiccionales en los que la Ciudad sea parte*”. Esta norma fija los requisitos constitucionales de la acción de amparo.

Como lo ha declarado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta requiere que la lesión de los derechos o garantías reconocidos resulte del acto u omisión de la autoridad pública en forma clara e inequívoca, sin necesidad de un largo y profundo estudio de los hechos o de un amplio debate o prueba (Fallos 306: 1253; y 307: 747).

Luego, resulta procedente cuando la acción u omisión cuestionada reúna *prima facie* los caracteres de ilegitimidad o arbitrariedad y ocasione una lesión, restricción, alteración o amenaza de derechos o garantías constitucionales o legales. A su vez, es preciso que se presente una situación de urgencia que de mérito a la tramitación de esta vía sumarísima y libre de formalidades procesales, de modo tal que conforme a la prudente ponderación de las circunstancias del caso se advierta que remitir el examen de la cuestión a los procedimientos administrativos o judiciales ordinarios puede ocasionar un daño grave e irreparable al titular del derecho presuntamente lesionado. Precisamente por esta última consecuencia la acción de amparo ha sido erigida como garantía constitucional, prevista para tutelar de modo rápido y eficaz los derechos y las garantías y en ello consiste su específica idoneidad como vía procesal.

No se trata de una acción *excepcional* o *heroica*, sino que tal “*excepcionalidad*” sólo puede entenderse “como una especificación del principio de que,

en un Estado de Derecho, también son o deberían ser ‘excepcionales’ las amenazas, restricciones, alteraciones o lesiones de derechos y garantías constitucionales por actos emanados de las autoridades públicas. La calificación de vía excepcional no puede provocar, en cambio, restricciones injustificadas para la admisión de la acción” (Voto de la Dra. ALICIA RUIZ, en autos “*Vera, Miguel Angel*”, TSJ, resueltos el 4 de mayo de 2001).

En igual sentido se ha expresado la Cámara del Fuero al sostener que la acción de amparo constituye una garantía constitucional otorgada a los particulares para tutelar de manera rápida y eficaz sus derechos y, por lo tanto, su procedencia debe ser analizada con criterio amplio, conclusión que se ve corroborada, en el ámbito local, por la disposición contenida en el cuarto párrafo del artículo 14 de la CCABA, según el cual el procedimiento de amparo está desprovisto de formalidades que afecten su operatividad (Sala I, *in re* “Asesoría Tutelar”, del 1/6/2001).

La existencia de una actuación que se considera irregular, por afectar derechos de raigambre constitucional, hace admisible esta vía cuando lo hace en forma manifiesta. En efecto, en el caso, los amparistas se han visto privados de su derecho de acceder al matrimonio civil en razón de su orientación sexual, en virtud de una decisión de la autoridad administrativa porteña basada en la interpretación que realiza de determinadas normas del Código Civil. La cuestión se vincula entonces con los derechos previstos en los artículos 14, 16, 19 y 75 inc. 22 —entre otros— de la Constitución nacional. De ese modo queda configurada una aparente lesión a derechos, que permiten considerar presentes los recaudos constitucionales del amparo, al menos en su plano formal.

La prolongación en el tiempo de una situación de incertidumbre relacionada con la posibilidad de formalizar un proyecto de vida pareja aunada a que tal indefinición se basa —según los actores— en la persistencia de criterios discriminatorios en el accionar de la administración local, resultan válidamente coadyuvantes a una situación de mortificación y zozobra personal que el ordenamiento jurídico debe tender a eliminar o minimizar y que no resulta susceptible de reparación ulterior.

En otro orden, ha señalado la CSJN que si bien la acción de amparo no está destinada a reemplazar los medios ordinarios para la solución de controversias, su exclusión por la existencia de otros recursos no puede fundarse en una apreciación meramente ritual e insuficiente, toda vez que la institución tiene por objeto una efectiva protección de derechos más que una ordenación o resguardo de competencias (*Fallos* 320:1339 y 2711; 321:2823; 330:5201, entre otros).

Lo expuesto me permite concluir que en el *sub lite* los referidos requisitos constitucionales de viabilidad del amparo se encuentran claramente reunidos, por lo que, desde el punto de vista formal, resulta admisible en el caso.

6. Que sin lugar a dudas la cuestión de los matrimonios entre personas del mismo sexo, merece y requiere un amplio tratamiento y debate en el ámbito del Congreso Nacional. Allí es donde se plasman los acuerdos más amplios posibles en nuestro sistema institucional que dan lugar a las leyes que nos rigen como sociedad.

Sin perjuicio de ello, frente al caso específico representado en autos por el planteo de inconstitucionalidad de los artículos 172 y 188 del Código Civil que efectúan los actores, resulta menester recordar que la Corte Suprema de Justicia ha señalado que “la atribución que tienen y ***el deber en que se hallan los tribunales de justicia —nacionales y provinciales—*** de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión comparándolas con el texto de la Constitución, para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas si las encuentran en oposición con ella, constituye uno de los fines superiores y fundamentales del Poder Judicial Nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consagrados en la Constitución contra los abusos posibles de los poderes públicos, atribución que es derivación forzosa de la distinción entre los poderes constituyente y legislativo ordinario que hace la Constitución, y de la naturaleza necesariamente subordinada del segundo (*Fallos*: 33:162, 194; entre otros, el destacado no pertenece al original).

7. Que los actores del presente proceso aducen que el Registro Civil de la Ciudad, basado en una reglamentación legal que reputan inconstitucional, afectó su derecho



## *Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*

**“CANEVARO, MARTÍN Y OTRO C/ GCBA S/AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte. N° EXP 36410/0**

a contraer matrimonio en razón de su orientación sexual, lo que no ha sido negado por la demandada.

Conforme lo ha sostenido la CSJN el matrimonio goza de un reconocimiento constitucional expreso en el artículo 20, que garantiza a los extranjeros los mismos derechos civiles del ciudadano, entre los que se menciona el de “*casarse conforme a las leyes*” (Fallos, 308:2268).

Este derecho se encuentra asimismo protegido por diversos pactos internacionales con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN). En efecto, el artículo 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.

Asimismo, 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).

La imposibilidad de contraer matrimonio veda a los actores el acceso al goce de una multiplicidad de derechos que emergen del *status* conyugal, entre los que se destacan los derechos de herencia y pensión, beneficios migratorios, posibilidad de decidir por otro en determinadas situaciones extremas, ventajas tributarias, etc. Se trata, como fácilmente se advierte, de prerrogativas sustanciales para un proyecto de vida conjunto que le otorgan un marco de protección y estabilidad.

Asimismo, a las cuestiones materiales referidas debe agregarse la innegable relación que guarda con el derecho constitucional a la dignidad de la existencia humana (art. 33 CN, Fallos, 308:2268) la trascendencia de la institución matrimonial en lo que hace a la posibilidad del reconocimiento y celebración pública y social de la libre decisión de aunar sus destinos adoptada por dos personas adultas en el marco de la comunidad en la que habitan.

Se tratará, entonces, de determinar aquí para el caso concreto si la reglamentación legal del matrimonio en la que el Registro Civil basó el acto administrativo que se cuestiona, resulta *razonable* en los términos de los artículos 14 y 28 CN. Es decir, si los límites dispuestos al ejercicio de ese derecho por los artículos 172 y 188 del Código Civil (ley 340 y mod.) resultan compatibles con el juego armónico del conjunto de derechos constitucionales aquí involucrados y no implican la supresión lisa y llana de tales derechos para los actores sin que existan para ello razones constitucionalmente legítimas.

**8.** Que se ha señalado que el artículo 19 de la Constitución nacional recepta como uno de los ejes cardinales de nuestro sistema de derechos, 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 (NINO, CARLOS S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2005, 3ª reimp., p. 304 y ss.).

En este sentido se ha expresado en el marco de la CSJN que “las limitaciones establecidas por el art. 19 de la Constitución Nacional imponen a la actividad legislativa un límite consistente en que ella no puede exceder ‘el campo de las acciones de los hombres [y de las mujeres] que ofendan a la moral pública, al que se refieren las normas morales que se dirigen a la protección de bienes de terceros.’ [...] Precisamente, a la protección de estos bienes se dirigen el orden y la moral pública, que abarcan las relaciones intersubjetivas, esto es acciones que perjudiquen a un tercero, tal como expresa el art. 19 de la Constitución Nacional aclarando dichos conceptos. La referida norma impone, así, límites a la actividad legislativa consistentes en exigir que no se prohíba una conducta que se desarrolle dentro de la esfera privada, entendida ésta, no como la de las acciones que se desarrollan en la intimidad, protegidas por el art. 18, sino como la de aquellas que no ofendan al orden y a la moral pública, esto es, que no perjudiquen a terceros’. [...] [C]on base en esa doctrina [la CSJN] dejó establecido que la Constitución Nacional consagra un sistema de la libertad personal cuyo centro es el art. 19, que va más allá de garantizar la mera privacidad. En este sistema de libertades confluyen una serie de derechos expresamente enumerados en los arts. 14, 14 bis, 16, 17, 18, 20 y 32, y otros no enumerados, que nacen de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno (art. 33). Estos derechos, están asegurados a todos los habitantes de la Nación conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio, las cuales, no obstante, no podrían alterarlos (art. 28). Entre esos derechos, el art. 20 otorga el de ‘casarse conforme a las leyes’, las que se encuentran sujetas a la limitación antes señalada y que por consiguiente, en el caso de que, bajo el pretexto de reglamentarlo, lo desvirtuaran modificando las implicancias de su naturaleza constitucional, deberán ser declaradas inconstitucionales” (considerandos 6° y 7° del voto del Dr. BACQUÉ en *Fallos* 308:2268).

Así el Superior Tribunal ha señalado que el art. 19 CN reconoce “un ámbito exclusivo en las conductas de los hombres [y de las mujeres], reservado a cada persona y sólo ocupable por ella, que, con clara visión de las tendencias en el desarrollo de la sociedad, consagrara desde temprano nuestra Constitución, resulta así esencial para garantizar el equilibrio entre un Estado cada vez más omnipresente e individuos cada vez más dependientes de las formas jurídicas de organización de la sociedad a la que pertenecen. La existencia o inexistencia de ese equilibrio pondrá de manifiesto el espacio para la constitución de su propio plan de vida según se lo determine la autonomía de su propia conciencia y **sólo dentro de los límites en los que no afecte igual derecho de los demás**, y los regímenes autoritarios que invaden la esfera de privacidad e impiden que las personas cuenten con la posibilidad de construir una vida satisfactoria” (considerando 10° del voto del Dr. PETRACCHI al resolver en *Fallos* 308:1392, el destacado nos pertenece).

Esta última interpretación del artículo 19 ha sido recientemente reivindicada como propia por la actual composición de la CSJN al dictar sentencia en los autos “*Arriola*”, con especial resalto en las “*ilustrada consideraciones sobre intimidad y autonomía personal que allí se exponen*” (*Fallos* 332:1963, resueltos el 25 de agosto de 2009).

De este modo, nunca el “bien común”, la “moral pública” o el “orden público” deben separarse del concepto de daño a terceros en forma individual o colectiva, puesto que los tres primeros en este caso quedan comprendidos en el último de los conceptos. Esta es la única posibilidad de adscribir a la idea de un estado de derecho fundado en el respeto a los derechos fundamentales de las mayorías y de las minorías, un estado pluralista y no confesional, en el que no se confunda democracia con “populismo moral”; esto es, la doctrina por la que la mayoría debe determinar no quiénes deben gobernar sino cómo deben vivir los demás (BASTERRA, MARCELA I., “Derechos Humanos y Justicia Constitucional: Intimidad y autonomía personal”, en BIDART CAMPOS, GERMÁN y RISSO, GUIDO I. [coord.], *Los derechos humanos en el Siglo XXI*, Buenos Aires, Ediar, 2005, p. 85).

Sentado entonces que la Constitución nacional y la interpretación que la Corte Suprema ha realizado de ella han optado claramente por un modelo que maximiza la autonomía individual y la protege de la opresión de un estado *perfeccionista* capaz de imponer qué planes de vida son buenos o malos para sus ciudadanos, resulta menester analizar si la posibilidad de que los actores (dos personas del mismo sexo) contraigan



## *Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*

**“CANEVARO, MARTÍN Y OTRO C/ GCBA S/AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte. N° EXP 36410/0**

matrimonio se encuentra amparada por la esfera de autodeterminación que consagra el artículo 19. A tal fin, resulta menester determinar el alcance que el precepto “*daño a terceros*” adquiere en el caso en estudio.

En relación a esta cuestión, NINO destaca que existen al menos cuatro clases de daños a terceros que *no pueden computarse como justificativo para interferir* con la autonomía del individuo: a) el que es insignificante comparado con la centralidad que tiene la acción para el plan de vida del agente; b) el que se produce no directamente por la acción en cuestión sino por la interposición de otra acción voluntaria; c) el que se produce gracias a la intolerancia del dañado, y d) el que se produce por la propia interferencia del Estado (NINO, *op. loc. cit.*).

Llegados a este punto, habrá de señalarse en primer término que la decisión de contraer matrimonio, es decir la decisión de dos seres humanos de construir un proyecto de vida conjunto basado en el amor y el respeto mutuo con miras a su perdurabilidad y con efectos jurídicos tangibles y concretos sobre la esfera de derechos de los contrayentes, resulta para cualquier persona una decisión central y no sustituible en el diseño del desarrollo de la propia existencia.

Es así que, para que una interferencia estatal en tal proyecto fuese constitucionalmente tolerable, el eventual daño que pudiese irrogar a terceros debería caracterizarse por lo sustancial, lo que debe ser evaluado frente a la centralidad de la decisión que pretenden materializar los actores.

Ahora bien, en virtud de que la pretensión de los amparistas de constituir una sociedad conyugal implica una típica decisión íntima y personal, no se advierte que pueda provocar *daños sustanciales a otras personas*, más allá del desacuerdo con el plan de vida elegido por los actores basado en su discordancia con las concepciones religiosas o costumbres sociales de terceros.

Adviértase que todo el esquema constitucional de derechos y libertades caería y se reduciría a letra muerta si la mera disconformidad de unos con las costumbres o creencias de otros pudiese ser considerada como un *daño a tercero* en los términos del artículo 19 y, por ende, autorizar la interferencia y prohibición por parte de la autoridad estatal. Es que, de este modo se estaría *imponiendo* a unos el *proyecto de vida de otros*, lo que resulta repulsivo de las más básicas libertades que consagra el constitucionalismo, tales como la libertad de conciencia y de autonomía personal.

En este sentido, ya se ha señalado que “la libertad de conciencia demanda que las normas religiosas sólo sean seguidas fuera de toda compulsión. Esta libertad garantiza el respeto de la dignidad de cada hombre y la convivencia en una comunidad política de personas con diversidad de creencias religiosas o de cosmovisiones seculares. La libertad de conciencia es incompatible, por ende, con la confesionalidad del estado” (considerando 9° del voto del Dr. PETRACCHI en los autos “*Sejean*”, *Fallos*, 308:2268).

Del mismo modo, no puede soslayarse que la interpretación de la Constitución debe realizarse de modo que resulte un conjunto armónico de disposiciones con una unidad coherente. Para tal fin, cada una de sus normas debe considerarse de acuerdo al contenido de las demás; la inteligencia de sus cláusulas debe cuidar de no alterar el equilibrio del conjunto (*Fallos*: 296:432). Es por ello que, no resulta posible asimilar que la “ofensa al orden o la moral pública” pueda guardar relación con los mandatos religiosos de un credo determinado o costumbres sociales arraigadas, aún si fueran mayoritarias en el seno de nuestra sociedad. Ello por cuanto de este modo se contrariaría el mandato de igualdad ante la ley (art. 16), de igualdad de derechos civiles de los extranjeros (art. 20), de libertad de cultos, de prensa y de conciencia (art. 14 CN) y la generosa convocatoria que

efectúa el preámbulo a “todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino”, entre otros.

Así, el suscripto considera que la eventual disconformidad de terceros con el plan de vida que los actores han decidido libremente para sí mismos, no puede adquirir la entidad de un *daño* en los términos del artículo 19 de la Carta Magna que consecuentemente habilite la posibilidad de una interdicción estatal compatible con nuestro régimen constitucional.

Es que, “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” (CSJN, en los autos “*ALITT*”, resueltos el 21 de noviembre de 2006).

**9.1.** Que 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).

Se ha afirmado desde la doctrina 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). Parfraseando a GEORGE ORWELL, “todos los hombres son iguales, pero algunos son más iguales que otros” (*Rebelión en la granja*, 1945).

Por tal motivo, 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).

Incluso 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 nomras de inferior jerarquía que hoy parecen claramente discriminatorias*” (voto del Dr. PETRACCHI, *Fallos* 323:2659).

Tras la reforma constitucional de 1994 que otorgó jerarquía constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos (art. 75, inc. 22) e 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), se ha equiparado 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).

Ahora bien, de la conjugación de los derechos de igualdad y de no discriminación ha surgido como construcción jurisprudencial la doctrina de las *categorías sospechosas*. Recuerda GELLI que según la Corte de los EEUU, las clases o categorías sospechosas *per se* son aquellas que originan una discriminación perversa en virtud de que: a) no se justifican estricta y rigurosamente en un interés legítimo del estado o b) están organizadas en base a la persecución de grupos que tradicionalmente fueron excluidos de los derechos o beneficios que reconocen u otorgan las leyes o b’) esos grupos se encuentran relegados a un situación en la cual se los posterga sin término. El mismo tribunal ha instensificado el control de constitucionalidad cuando la ley priva a una clase o grupo de personas de derechos fundamentales, entendiendo por tales a aquellos que se encuentran



## *Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*

**“CANEVARO, MARTÍN Y OTRO C/ GCBA S/AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte. N° EXP 36410/0**

expresados explícita o implícitamente en la Constitución (GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina – Comentada y concordada, Tomo I*, Buenos Aires, La Ley, 2008, 4ª ed., p. 233 y ss.).

Sobre el punto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que “[l]a noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la 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” (Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984).

Por su parte, nuestra Corte Suprema también ha destacado la existencia de *criterios de distinción sospechosos* que, contenidos en una norma, exigen una “*justificación suficiente de la restricción*” de derechos que consagran, pues pesa sobre ellos una presunción de inconstitucionalidad que sólo puede ser levantada con una cuidadosa prueba y argumentación sobre los fines que se intentó resguardar y los medios utilizados al efecto. En el escrutinio de estas restricciones, debe constatar que se trate de *finest sustanciales* y no meramente convenientes y que los medios no sean sólo *adecuados* a aquéllos, sino también que los promuevan efectivamente y que no existan alternativas menos restrictivas para los derechos en juego (CSJN en los autos “*Hoof*”, *Fallos*, 327:5118). En tales casos procede, entonces, un criterio de ponderación más exigente que el de mera razonabilidad (CSJN en los autos “*Gottschau*”, *Fallos*, 329:2986).

De lo resuelto por la Corte en los casos “*Hoof*” y “*Gottschau*” puede colegirse que el tribunal postula un criterio normativo para identificar las categorías sospechosas. Es decir, revestirán ese carácter aquellas mencionadas como discriminatorias en instrumentos internacionales de derechos humanos o en la propia Constitución. Asimismo se ha sostenido que algunos criterios clasificatorios podrían ser considerados discriminatorios en cualquier ámbito, por lo que no podrían ser utilizados por el legislador en ninguna hipótesis para excluir a determinado grupo del ejercicio de derechos fundamentales. Para individualizarlos puede acudirse al concepto de “dato sensible” (art. 2, ley 25.326; art.3, ley 1845), que abarca los datos personales que revelen: origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual. Estos criterios podrían postularse como constitucionalmente prohibidos, de modo tal que nunca podrían constituir el objeto de una clasificación gubernamental (en este sentido, TREACY, GUILLERMO F., “La utilización de categorías sospechosas como técnica para controlar la discriminación hacia extranjeros”, JA 2006-IV-603).

Ahora bien, sabido es que numerosos tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional contienen cláusulas contra la discriminación que incluyen la razón de “sexo” y un supuesto “abierto” (ver art. 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, etc.), cuya lectura integrada permite razonablemente incluir al criterio de “orientación sexual” al catálogo de categorías sospechosas, tal como expresamente lo recepta el artículo 11 de la Constitución de la Ciudad.

Sentado lo expuesto, y en estricta aplicación de la doctrina sentada por la CSJN, cabe considerar invertida la carga de la prueba respecto de la validez constitucional de la exclusión legal de los actores de la posibilidad de contraer matrimonio entre sí.

**9.2.** Que en este estado, corresponde analizar si la desigualdad de trato establecida por las normas cuestionadas por los actores se basa en una distinción “razonable” o, al menos, si persigue una finalidad compatible con una sociedad pluralista y democrática que la legitime o si obedece a un interés estatal urgente.

Al pronunciarse en contra de la pretensión de los actores, la Sra. Fiscal subrogante sostuvo —en síntesis— que la exclusión de los actores del derecho a contraer matrimonio entre sí no resulta inconstitucional por cuanto se encuentra prevista en la ley; que “no cabe admitir que los Estados autónomos puedan destruir” (sic) la legislación civil y que “la determinación del modelo matrimonial es un problema que excede el ministerio propio de la jurisdicción, para adentrarse en la actividad normativa de la Nación” (ver fs. 52/56).

Se advierte así que no se han suministrado elementos sustanciales que permitan evaluar si la restricción de derechos que padecen los actores resulta pasible de superar un test estricto de constitucionalidad como el que corresponde a las *categorías sospechosas*.

Sin perjuicio de ello y a tal fin, se intentará analizar los posibles objetivos que podría perseguir la restricción impugnada.

**9.2.a.** Con frecuencia se afirma que la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo reposa en que el objeto de esa institución radica en asegurar y favorecer la procreación y la reproducción de la especie (ver SCALA, JORGE, “Homomonio y discriminación”, en *El Derecho*, N°12.393, entre otros). Puede señalarse en primer término, que si la noción de matrimonio estuviese indisolublemente ligada a la reproducción no se explicaría la aptitud nupcial de quienes no manifiesten un expreso compromiso de procrear, o sufran lamentablemente de una incapacidad para ello, o de las mujeres que hayan superado la edad límite para gestar.

Por otra parte, aún en el caso de que esa hipótesis fuese correcta tampoco se advertiría una proporción entre los fines perseguidos (la procreación) y los medios empleados (la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo). Es que, no es posible establecer una relación lógica causal que permita inferir que el matrimonio entre dos personas de un mismo sexo produzca una suerte de “efecto contagio” que induzca a engendrar menos hijos a los matrimonios entre personas de distinto sexo. Así, el medio elegido no guarda relación con el fin cuya protección se desea, por lo que se aniquila sin razón valedera el derecho al matrimonio de un grupo determinado de la sociedad.

**9.2.b.** Otro objetivo que se alega para fundar la prohibición impugnada radica en la protección de la familia (ver entre otros, ARIAS DE RONCHIETTO, CATALINA ELSA, “Cuestiones de resguardo del orden público”, ED N° 12.401). Sobre el punto, ha de recordarse que la “disposición a constituir familia se halla ínsita en la naturaleza humana” y que “si bien la familia es universal, *al igual que todas las demás instituciones es un producto social sujeto a cambios y modificaciones*; pero cualesquiera sean las hipótesis sobre su evolución y la influencia de las condiciones del desarrollo económico social, ella constituye el nudo primario de la vida social” (CSJN, voto del Dr. CARLOS S. FAYT en autos “*Sejean*”, *Fallos* 308:2268, el resaltado nos pertenece).

Quiéraselo o no, es un hecho incontrastable de la realidad que las personas con una orientación sexual diversa de la mayoritaria también constituyen *familias* (diferentes quizás en algún aspecto de su conformación, pero con el mismo amor como argamasas) que gozan del mismo derecho constitucional y supranacional a su protección. Una vez más, no es posible apreciar ni una relación ni una proporción adecuada entre el fin perseguido y el medio empleado. Es que, el hecho de prohibir el matrimonio entre personas del mismo sexo no “aumenta” la protección a las familias de tipo tradicional, ni su permisión la disminuye. La situación actual sólo implica *menos protección* para muchas familias derivadas de parejas del mismo sexo.

**9.2.c.** En otro orden, se vincula la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo con la necesidad de evitar que éstos adquieran aptitud para “adoptar” niños o niñas (ver entre otros, ARIAS DE RONCHIETTO, *op. loc. cit.*). Sin perjuicio de que la cuestión no forma parte del debate de autos, lo cierto y concreto es que el hecho que se



## *Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*

**“CANEVARO, MARTÍN Y OTRO C/ GCBA S/AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte. N° EXP 36410/0**

autorice a los aquí actores a contraer matrimonio *en nada modifica su situación actual* frente a la adopción, habida cuenta de que el artículo 315 del Código Civil (por ley 24.779) permite “*ser adoptante [a] toda persona que reúna los requisitos establecidos en este Código cualquiera fuese su estado civil*” (el resaltado me pertenece). En consecuencia, tampoco puede hallarse aquí un fundamento válido para la prohibición en crisis.

**9.2.d.** Resulta imprescindible recordar que “según la Constitución Argentina el estado es laico, por más que se acuerde una preferencia o privilegio en favor del culto católico” (SÁNCHEZ VIAMONTE, CARLOS; *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Kapelusz, 1956, p. 105). De allí que, desde antiguo la CSJN haya sostenido que “al establecer la libertad de todos los cultos no puede sostenerse (...) que la Iglesia Católica constituye un poder político en nuestra organización, con potestad de dictar leyes de carácter civil como son las que estatuyen el régimen del matrimonio” (*Fallos*: 53, 188). Más recientemente se afirmó que “para que una ley de matrimonio civil sea compatible con el sistema de libertad consagrado en nuestra Constitución, debe serlo también con la neutralidad confesional que ésta adopta, de modo tal que esa ley no obstaculice al plenitud de la garantía constitucional de profesar cualquier religión o no profesar ninguna. De este modo resultaría violatorio del art. 14 de la Constitución Nacional imponer coactivamente alguno de los principios de las diversas religiones que coexisten en nuestra sociedad. (...) Esto es así, porque la Constitución Nacional protege la libertad de todos los habitantes de la Nación que no profesan el credo católico, de concebir sus vinculaciones matrimoniales con alcances distintos que los que establece esa religión en particular” (voto del Dr. PETRACCHI en los autos “*Sejean*”, ya citados).

Se advierte así que, desde una perspectiva exclusivamente jurídica, tampoco puede fundarse la prohibición cuestionada en los dictados de alguna religión en particular, aún cuando ésta fuese mayoritaria en nuestro seno.

**9.2.e.** Otro fin perseguido podría ser el mantenimiento de una costumbre “ancestral” como una forma de preservar una identidad cultural determinada. Sobre el punto se ha afirmado que “resulta pueril sostener que el hecho de que la ley de matrimonio civil tenga 100 años de antigüedad es un buen argumento en favor de su constitucionalidad. Es importante el desarrollo que desde entonces ha tenido el proceso de equiparación entre el derecho del hombre y el de la mujer. También lo es la fuerte consolidación que en nuestros días han alcanzado, afortunadamente, las garantías y derechos constitucionales así como los derechos humanos en general. Esto muestra un importante avance del reconocimiento de esos derechos, que hace imposible la concertación con el texto constitucional de disposiciones legales restrictivas de su alcance” (considerando 17 del voto del Dr. PETRACCHI, en *Fallos*, 308:2268).

El hecho de que algunas instituciones jurídicas hayan regido los destinos de la sociedad durante siglos no les otorga por ello validez constitucional actual o un inmutable sustento jurídico. Una legislación no puede ser juzgada, en el marco de una sociedad democrática no confesional como la nuestra, por su grado de antigüedad o ancestralidad, sino por el modo en que organiza las relaciones sociales de modo compatible con el sistema internacional de derechos humanos que se ha adoptado como paradigma de convivencia plural. La esclavitud, la pena de muerte, la conculcación de derechos civiles y políticos de la mujer, la cruel estigmatización jurídica de niños inocentes en razón de su nacimiento, entre muchas otras, hoy nos parecen instituciones aberrantes y fueron sin embargo la regla durante largos siglos de oscuridad.

**9.2.f.** Por último, no merecen mayores comentarios las alusiones al fundamento de la prohibición en crisis en un supuesto “orden natural” (ver SOSA ARDITI, ENRIQUE, ¿Es inconstitucional el orden natural?, *elDial* DC 126E). El carácter de “natural”

o no de una forma institucional, si es que alguna de ellas puede tenerlo en tanto construcciones socioculturales del hombre, no le otorga ni la priva de fundamento jurídico alguno.

**10.** Que como ha quedado expuesto en los considerandos precedentes, ya sea 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 los actores sin que se presenten las circunstancias que podrían tornar jurídicamente tolerable dicha prohibición.

Es que, excluido todo fundamento religioso por el hecho de que como se indicó, si se usara tal argumentación, ella conduciría *per se* a la inconstitucionalidad de las normas cuestionadas por la violación de la libertad de creencias religiosas que nuestra Constitución establece, no resulta posible hallar ninguna razón que permita privar del ejercicio recíproco de este derecho de modo absoluto a los actores.

Así, la reglamentación legal del derecho contenido en el artículo 20 de la CN y pactos internacionales, no sólo lo altera si no que lo suprime respecto de los actores en orden a su orientación sexual y, por lo tanto, conculca la restricción que para la reglamentación de los derechos estatuye el artículo 28 de la Constitución nacional.

**11.** Que en un fallo ejemplar de nuestra Corte Suprema, citado reiteradamente en estas líneas, se advierte sobre el riesgo de que *“la realidad social desborde a la realidad jurídica transformándola en un conjunto de principios sin contenido social y, por ende, sin aplicación práctica”* que acarrea *“el peligro de transformar las instituciones en un discurso esquizofrénico o en expresiones de una hipocresía social que obliga a remedios parciales”* (Fallos, 308:2268).

En esta línea, recientemente, se ha señalado 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 adoptar sus institutos a estas realidades. Y que, un paso importante al que una decisión judicial 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).

El sistema internacional de derechos humanos no sólo consagra un amplio catálogo de garantías y derechos, sino que también impone expresamente el *deber de fraternidad* como pauta básica de convivencia entre los seres humanos (Preámbulo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre). Claro está que no se trata de uno de los tradicionales conceptos jurídicos que aprendemos en las Facultades de Derecho. Quizás sea difícil definir su contenido en este contexto de demandas, traslados, vistos y considerandos. Quizás podamos aproximarnos enumerando lo que no es.

No es *fraternal* condenar a nadie a vivir en placares, ni figurados, ni detrás de otros brutalmente reales. No son *fraternas* las estrellas amarillas, ni las listas rosas, ni las púas de los alambres. No es *fraternal* humillar a un ser humano, ni obligarlo a ser lo que no es, ni privarlo de vivir con alegría lo que es. No es *fraternal* etiquetar los amorosos sentimientos, tabularlos, condenarlos, disecarlos. No es *fraternal* aniquilar derechos de quien siente diferente, ni lo es escudarse en expedientes de prejuicio e incomprensión. No es posible desde la *fraternidad*, ser indiferente al sufrimiento del otro, sobre todo al que inflige el propio estado, a través de la ley que por mandato constitucional debe ser *igual e igualitaria, libre y libertaria*.

El tiempo de cada generación impone nuevos desafíos en materia de derechos civiles. Hace ya más de veinte años algunas voces anunciaron prácticamente el caos y la disolución social cuando la Corte Suprema de Justicia dictó el fallo *“Sejean”* y, luego, el Congreso de la Nación dictó la ley 23.515. Lo propio había sucedido hace más de un siglo cuando se aprobó la ley 2393 de Matrimonio Civil. Hoy se alude al riesgo de



*Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*

**“CANEVARO, MARTÍN Y OTRO C/ GCBA S/AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte. N° EXP 36410/0**

“exponer a la República Argentina al desorden social”, en virtud de las sentencias de este fuero que —de diversos modos— han habilitado el matrimonio entre personas del mismo sexo (autos “Freyre”, ya citados, y autos “Bernath, Damian Ariel y otros c/GCBA sobre amparo [art. 14 CCABA]”, Expte. EXP 36.117/0, resueltos por la Dra. ELENA LIBERATORI, titular del Juzgado CAYT N°4, el 22 de febrero de 2010).

Sin embargo, el sol sigue saliendo cada mañana, el régimen jurídico salda en parte sus deudas con la realidad y, como sociedad, tenemos algunos dolores menos y algunas libertades más.

**12.** Que los actores requieren en su demanda que, en caso de hacer lugar a su pretensión, se los releve del requisito de solicitar turno matrimonial con veintiocho días de anticipación en virtud de la “*tensa y larga espera*” por la que han atravesado.

Sobre el punto corresponde recordar que los actores concurrieron al Registro Civil el pasado diez de diciembre a fin de iniciar el trámite respectivo, por lo que no resulta irrazonable ni violatorio del principio de igualdad hacia otros contrayentes acceder a su solicitud, toda vez que desde aquella fecha han transcurrido con exceso los plazos de antelación reglamentarios.

Por todo lo expuesto, habiendo dictaminado la señora representante del Ministerio Público Fiscal, **RESUELVO**:

- I. HACER LUGAR** a la demanda interpuesta y **DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD** de los artículos 172 y 188 del Código Civil en cuanto resultan un impedimento para que **MARTÍN CANEVARO** y **CARLOS HUMBERTO ÁLVAREZ NAZARENO** puedan contraer matrimonio.
- II. ORDENAR** a la demandada que, por donde corresponda, celebre el matrimonio de los actores dentro del término de tres días desde que éstos así lo soliciten. A tal fin, téngase por removidos todos los aspectos reglamentarios formales que puedan implicar una dilación innecesaria y compléteseles de inmediato los exámenes prenupciales de rigor.
- III. IMPONER** las costas del proceso en el orden causado, atento a que las autoridades del Registro Civil carecen de facultades para actuar de modo diverso al que lo han hecho.

Regístrese, notifíquese —a la señora Fiscal en su despacho— y, oportunamente, archívese.

**Guillermo Scheibler**  
*Juez*

*Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 13 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*