



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

"BERNATH DAMLIAN ARIEL Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)", EXPTE: EXP 36117/0

Ciudad de Buenos Aires, *22* de febrero de 2010.

Y VISTO: Los autos señalados en el epígrafe venidos a despacho para resolver en definitiva, y

CONSIDERANDO:

Que a fs. 1/17 se presentan Damián Ariel Bernath y Jorge Esteban Salazar Capón, ambos por derecho propio, domiciliados en esta Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con patrocinio letrado de la Dra. Florencia Kravetz, iniciando esta acción de amparo a fin de que se deje sin efecto, por ser discriminatorio, el acto del Registro del Estado civil y Capacidad de las Personas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Delegación CGP n14, que con fecha 14 de diciembre de 2009 por intermedio de la Dra. Adriana Vinacur, oficial público de dicha repartición, denegó la solicitud de turno para contraer matrimonio *"por motivo de nuestra orientación sexual"* (fojas1). Asimismo solicitan se ordene al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que por medio de las autoridades que correspondan, *"se nos permita contraer matrimonio en igualdad de condiciones en que lo hacen las parejas heterosexuales, en el mismo momento cuando se notifique la sentencia"* (fojas 1) pidiendo también la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 172, 188 y normas concordantes del Código Civil de la Nación, en tanto puedan constituirse en basamento del acto atacado.

Exponen que viven una relación de pareja y necesariamente pretenden que se les reconozca ese vínculo ante la ley sin discriminación por causa de la orientación sexual.

Sostienen a tal efecto que *"nuestro amor no es distinto al de cualquier otra pareja que desee coronar su vínculo con la unión matrimonial, accediendo a los derechos y obligaciones que nacen de dicha institución. Reclamamos los mismos derechos y con los mismos nombres. Nos amamos y nos queremos casar, bregando por la no discriminación"* (fojas 2).

"Padecemos las consecuencias de una injusta desigualdad causada por un prejuicio basado en la orientación sexual de las personas" (fojas 2) .

Más adelante aclaran que la *"Ley de Unión Civil vigente e la Ciudad Autónoma de Buenos Aires es una ley local que pocos derechos otorga, resultando totalmente insuficiente a los efectos de resguardar infinidad de situaciones jurídicas que nacen de nuestra unión, toda vez que no reconoce*



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

derechos patrimoniales, es decir que nuestros patrimonios no conforman una sociedad conyugal, no existiendo la calificación de bienes gananciales ni la vocación hereditaria ni demás derechos fundamentales que otorga la institución matrimonial agregando que al no estar dicho vínculo reconocido en el territorio nacional, el reconocimiento legal se limita al ámbito de esta Ciudad" (fojas 2 y 2 vuelta).

Exponen que el 14 de diciembre de 2009 se presentaron a las 11.30 horas ante la Delegación del Registro del Estado civil y Capacidad de las Personas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, CGP nº 14 de la Ciudad a fin de que se les otorgara una fecha para contraer matrimonio. Ante tal pedido la funcionaria del Registro Civil les respondió que la ley de fondo le prohíbe casar a dos personas del mismo sexo y manifiesta que es su obligación aplicar la ley vigente, y que por eso no puede otorgarles un turno para contraer formal matrimonio civil, lo cual sucedió ante testigos cuyo testimonio es ofrecido como prueba.

Fundan su pretensión en derecho, ofrecen prueba documental agregada en autos y testimonial, plantean Caso Federal y efectúan reserva de acudir por ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación como así también ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

II. A fojas 40 la presentación fue proveída corriéndose traslado al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el cual se encuentra contestado con la presentación obrante a fojas 44/47.

De la misma surge que *"en puridad la actuación del GCBA no está investida de la ilegalidad o arbitrariedad manifiesta que exige el art. 14 CCABA en tanto la materia está reservada al Congreso de la Nación por lo cual resulta imposible para el Gobierno acceder a la petición de los actores..."* afirmando a fojas 44 vuelta que **"Sólo el Poder Judicial, en la especie, representado por V.S., tiene la facultad de declarar la Inconstitucionalidad y consiguiente inaplicabilidad de una norma"** (el resaltado en letra negrita es original).

*"En esta inteligencia 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**"* (fojas 44 vuelta, el resaltado en letra negrita se corresponde con el original), por lo cual no se configura en la especie un acto u omisión de autoridad pública que viabilice el amparo.

Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

A continuación, los Procuradores Generales Adjuntos de Asuntos Patrimoniales y Fiscales Dr. Ramiro Ricardo Monner Sans y de Asuntos Institucionales y Empleo Público, Dr. Juan Martín Alterini exponen en el punto III de fojas 45 bajo el acápite "Consideración fáctica" una serie de consideraciones acerca de la existencia de precedentes jurisprudenciales habidos en la Justicia Nacional en lo Civil con motivo de la sentencia recaída en el mes de noviembre de 2009 en los autos "Freyre Alejandro contra GCBA sobre AMPARO (Art. 14 CCABA", expediente 34292, con motivo de la decisión de mi distinguida colega la Dra. Gabriela Seijas.

Al respecto, concluyen en relación a tales precedentes de la Justicia Nacional, que cualquiera sea la posición que eventualmente pudiera asumir el Poder Ejecutivo local, la misma **"...sería sesgada o limitada por el Poder Judicial nacional, como ocurrió en el señalado caso Freyre"** (fojas 45 vuelta, el resaltado en letra negrita es original) concluyéndose más adelante, que tal como se viene sosteniendo, **"...en el desaguizado que señalo, en el caso de autos se encuentran en juego y a resolución de V.S. tanto sus propias facultades, constitucionalmente atribuidas, cuanto la posición que debe adoptar el Registro del Estado civil y Capacidad de las Personas local"** (fojas 45 vuelta, el resaltado se corresponde con el original).

A continuación se expone a fojas 46 que **"De hecho, y en función e lo hasta aquí expuesto, la cuestión en sí excede la competencia del Poder Ejecutivo y ha quedado a resultado de la decisión judicial quien, como último intérprete de la Constitución, es llamado a determinar la validez o invalidez de la normativa impugnada"** (el resaltado no me pertenece) agregando en el mismo sentido a continuación en el punto 3 que, **"...viene al caso enfatizar que V.S. es quien resulta competente para pronunciarse en la especie por cuanto, y como es sabido, hasta la reforma constitucional de 1994, la competencia para entender en los pleitos en los que fuera parte la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires estaba atribuida a la Justicia Nacional en lo Civil. Pero, acaecida la reforma, tal atribución de competencia - que era ejercida de manera transitoria- cesó"** (fojas 46). **"En este sentido y entendiendo que las leyes sobre distribución de competencia son de orden público, de aplicación inmediata y no afectan la garantía del Juez natural, la Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires resulta competente en todo cuanto las leyes que se dicten al efecto, así lo dispongan (Conf. Fallos 233:62, 234:233, 242:308, 2324: 482, 237:394, 114:90, 256:440, 114:89 entre tantos otros)"** (el destacado en letra negrita se corresponde con el original, a fojas 46 vuelta).



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

"Sentado ello, es evidente que **V.S. resulta competente para dirimir todas aquellas cuestiones en las que el Legislador le asignó competencia; el caso de autos, precisamente, es una de ellas.** Y, además de lo dicho, en el especie, es el Poder Judicial el único Poder del Estado que tiene la posibilidad de declarar o no la inconstitucionalidad de las normas impugnadas" (fojas 46 vuelta) a tenor de todo lo cual a fojas 47 se afirma "Con similar grado de evidencia el Poder Ejecutivo -cuya representación ejerzo en autos- está librado, en la cuestión de autos, a resultados de la resolución que en definitiva se determine en el ámbito judicial".

III. Tratándose en el caso de una acción de amparo interpuesta para cuestionar una decisión del Registro Civil de esta Ciudad resulta indudable la competencia del tribunal para resolver en el *sub examine*.

Respecto a la procedencia de la vía, 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, ya que la institución tiene por objeto una **efectiva protección de derechos** más que una ordenación o resguardo de competencias (Fallos: 320:1339, 2711; 321:2823; 330:5201, entre otros).

La decisión administrativa impugnada impide a los actores disfrutar de los derechos de que son titulares las parejas de hombre y mujer que acceden al matrimonio conforme las reglas vigentes. Por ejemplo, ventajas tributarias a la pareja —y a sus miembros considerados individualmente—, derechos de herencia y pensiones, privilegios testimoniales, beneficios en políticas migratorias, capacidad de decidir por otro en situaciones de imposibilidad, entre muchas otras. Tales ventajas no resultan intrascendentes para quienes asumen como pareja un compromiso sexual, emocional y financiero con miras de estabilidad por lo que resulta evidente que el caso requiere dilucidar si las normas vigentes impiden a los actores contraer matrimonio —y por ende acceder a las ventajas mencionadas— por razón de su condición sexual y en tal caso, si esa norma entonces viene a resultar discriminatoria.

"Que la igualdad que garantiza el artículo 16 de la Constitución, tal como lo interpreta el representante del GCBA, no importa otra cosa que la prohibición de que se establezcan exenciones o privilegios que excluyan a uno de lo que se concede a otro en iguales circunstancias. Su formulación resumida suele expresarse en el adagio: "igualdad entre iguales". Así entendido, este



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

derecho estaría emancipado del principio de no discriminación, al dejar que el Estado determine la noción de igualdad que será fuente de derechos. Es decir, bajo el amparo de aquel principio se puede justificar la discriminación por origen racial, nacionalidad, por orientación o identidad sexual" ("Freyre Alejandro contra GCBA sobre AMPARO (Art. 14 CCABA", expediente 34292, noviembre de 2009, sentencia de la Dra. Gabriela Seijas).

"...puede afirmarse que el derecho a la igualdad supone previamente el derecho a ser quien se es, y la garantía de que el Estado sólo intervendrá para proteger esa existencia y para contradecir cualquier fuerza que intente cercenarla o regularla severamente. No se es igual en la medida de la ley sino ante ella, la ley no debe discriminar entre las diferencias de un habitante y otro, sino que debe tratar a cada uno con igual respeto en función de sus singularidades, sin necesidad de entenderlas o regularlas (ver, Eduardo Á. Russo, *Derechos Humanos y Garantías*, Eudeba, Buenos Aires, 2001; y, "Identidad y diferencia [reflexiones en torno a la libertad y la igualdad]", en la *Revista Jurídica Universidad Interamericana de Puerto Rico*, volumen XXXVIII, sep. - dic. 2003, 1, págs. 127 a 135). Sobre el particular la Sala II de la Cámara del fuero ha afirmado que: "El reconocimiento jurídico de la diversidad es un silencioso primer paso de protección en dirección hacia una tarea más profunda y de otro orden, cual es el trabajo de construir un pensamiento de la diferencia. 'Hay algo en el mundo que fuerza a pensar. Ese algo es el objeto de un encuentro fundamental, y no de un reconocimiento.' (Gilles Deleuze, *Diferencia y Repetición*, Amorrortu ed., 2002, pág. 215). Al derecho moderno le compete solamente favorecer el espacio de afectación y encuentro" (v. "Busacca Ricardo O. c/ GCBA s/ amparo", del 17/11/03, voto de M. Daniele y Eduardo Á. Russo). No en vano el preámbulo de la Constitución de la Ciudad reconoce la identidad en la pluralidad, lo que sólo parece alcanzable potenciando las diferencias. La instauración definitiva del ideal democrático y republicano que plasmaron los constituyentes de 1853 y profundizaron los de 1994, convoca —como señaló el Tribunal Superior en uno de los votos concurrentes de la causa "Portillo" (Fallos: 312:496)— a la unidad nacional, en libertad, pero no a la uniformidad u homogeneidad. El sentido de la igualdad democrática y liberal es el "derecho a ser diferente", que no puede confundirse nunca con la "igualación", que es un ideal totalitario y por ello es, precisamente, la negación más completa del anterior, pues carece de todo sentido hablar del derecho a un trato igualitario si previamente se nos forzó a todos a ser iguales. El artículo 19 de la Constitución Nacional, en combinación con el resto de las garantías y los derechos reconocidos, no permite dudar del



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

cuidado que los constituyentes pusieron en no obligar a los ciudadanos a una uniformidad que no condice con la filosofía política liberal que orienta a nuestra Norma Fundamental. El reconocimiento de la identidad en la pluralidad no puede partir de estructuras ahistóricas, requiere auspiciar los diversos proyectos de vida dentro de una estructura social mucho más compleja" ("Freyre Alejandro contra GCBA sobre AMPARO (Art. 14 CCABA", expediente 34292, noviembre de 2009, sentencia de la Dra. Gabriela Seijas) . .

En Ciudad de Buenos Aires el artículo 11 de la Constitución de los porteños establece que *"Todas las personas tienen idéntica dignidad y son iguales ante la ley. Se reconoce y garantiza el derecho a ser diferente, no admitiéndose discriminaciones que tiendan a la segregación por razones o con pretexto de raza, etnia, género, orientación sexual, edad, religión, ideología, opinión, nacionalidad, caracteres físicos, condición psicofísica, social, económica o cualquier circunstancia que implique distinción, exclusión, restricción o menoscabo. 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 y la efectiva participación en la vida política, económica o social de la comunidad"*.

De ello puede concluirse que la Constitución local *"reconoce y garantiza el derecho a ser diferente"*, no admitiendo discriminaciones que tiendan a la segregación por razones o por pretexto de *"orientación sexual"* (art. 11).

En el valioso precedente que vengo citando y que resulta muy útil por el abordaje exhaustivo efectuado por la magistrada tanto desde lo sociológico y jurídico como así también desde la perspectiva de esta Ciudad, de nuestro país y con los aportes normativos y doctrinarios de otros países, que enjundiosa y laboriosamente se hallan volcados en la sentencia, destaco la siguiente afirmación que comparto plenamente según la cual *"...la actual doctrina antidiscriminatoria pone énfasis en el efecto objetivo de excluir a cierto grupo del goce de un derecho o del acceso a un beneficio"* sin perjuicio de remitirme a las extensas consideraciones y conclusiones que en el fallo se efectúan, y a las cuales por razones de brevedad me remito por lo que deberán considerarse reproducidas aquí.

"En síntesis, si bien en principio los poderes políticos tienen facultades para trazar distinciones legales entre categorías de personas cuando ello resulta conveniente a fin de llevar adelante objetivos legales legítimos — presumiéndose la constitucionalidad de la norma sancionada de conformidad



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

con las formas prescriptas para ello—, en algunos casos el recurso de legislador a ciertos factores de distinción puede responder a prejuicios, estereotipos que tienen por efecto excluir a categorías enteras de personas de legítimo ejercicio de un derecho. Casos típicos de esta categorización espuria son los de raza y religión y, en épocas más recientes, los de género y discapacidad. En base a la doctrina expuesta, el estándar de revisión que se aplica a las clasificaciones basadas en la orientación sexual se traduce en que tales categorías no deben tener como finalidad crear o perpetuar la estigmatización, el desprecio o la inferioridad legal o social de las personas pertenecientes a minorías sexuales. En todo caso, las clasificaciones fundadas en la orientación sexual deberían ser utilizadas para compensar a tales grupos por las postergaciones sufridas a través de la historia” (“Freyre Alejandro contra GCBA sobre AMPARO (Art. 14 CCABA”, expediente 34292, noviembre de 2009, sentencia de la Dra. Gabriela Seijas).

Cabe señalar que en el mismo fallo, la jueza no soslaya que una decisión a adoptar sea considerada por algunas personas como una "afrenta a las creencias religiosas". Al respecto, quien suscribe piensa al igual que la Dra. Seijas que **"...no hay duda de que los sentimientos religiosos de algunos no pueden ser una guía para delimitar los derechos constitucionales de otros"**.

En un primer examen literal, los artículos 172 y 188 del Código Civil hoy día se contraponen con las reglas constitucionales que prohíben un trato discriminatorio en razón de la orientación sexual (arts. 16 y 19, CN; art. 14 CCABA; art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y, en otros, art. 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; sobre el Pacto ver especialmente la Observación General 20, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del 22/05/09, que en su parte pertinente establece que: "En 'cualquier otra condición social', tal como se recoge en el artículo 2.2 del Pacto, se incluye la orientación sexual. Los Estados partes deben cerciorarse de que las preferencias sexuales de una persona no constituyan un obstáculo para hacer realidad los derechos reconocidos en el Pacto...").

En el artículo 16 de la "Declaración Universal de los Derechos Humanos" (diciembre, 1948) se establece que: "1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. 2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

futuros esposos podrá contraerse el matrimonio. 3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado". Luego, en textos similares, tanto el "Pacto internacional de derechos civiles y políticos" (art. 23), como el "Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales" (art. 10) proveen a garantizar la protección de las personas a la hora de casarse y llevar adelante una familia. La "Convención Americana sobre Derechos Humanos" (art. 17) también tiende a la protección del matrimonio y la familia, con especial énfasis en la igualdad entre los cónyuges y la protección de los hijos.

En todos los casos se trata de pactos y declaraciones con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22) que se suman a la permanente búsqueda del derecho interno de proteger íntegramente a la "familia". Cabe recordar, en el plano internacional, la "Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios" (cuya entrada en vigor data del 09/12/64), que ha puesto su eje en garantizar el consentimiento pleno de los pretendientes a la hora de contraer matrimonio, y a la que se ha sumado la "Recomendación sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios" (res. 2018, de la Asamblea General, del 01/11/65).

Es evidente entonces que los actores tienen derechos reconocidos en textos constitucionales y supraconstitucionales los cuales se ven impedidos de ejercer por causa de normas vigentes que no se encuentran acorde a los tiempos, por lo tanto, se hallan excluidos de gozar de esos derechos en virtud de normas de inferior jerarquía normativa desactualizadas que no contemplan el nuevo alcance dado a estos derechos a fin de aventar la exclusión y la marginación por causa de discriminación por orientación sexual.

"Tal exclusión los priva de activos valiosos, tanto si éstos se miden en términos cuantitativos monetarios, o en términos cualitativos de respeto social. Esta diferencia en la tenencia de activos no necesariamente connota una imposición injusta de desigualdad. Sin embargo, el daño inflingido se patentiza como claramente ilegítimo cuando advertimos que obedece al estatus de seres humanos menos valiosos de los excluidos. Que las personas que se apartan de la sexualidad socialmente valorada son víctimas de situaciones de discriminación social y jurídica: esto es, representan un sector usualmente vulnerado en el pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales en condiciones igualitarias (ver, Aída Kemelmajer de Carlucci, "Derecho y homosexualismo en el derecho comparado" en Derecho de familia.

Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

*Revista Interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988, volumen 13, págs. 185 y ss.). La "homofobia" es el miedo o la aversión hacia las prácticas o las personas homosexuales, así como la discriminación de la que son víctimas. En otras palabras, el odio, la hostilidad o la desaprobación de las personas homosexuales. Un informe de ILGA (Asociación Internacional de Lesbianas y Gays; www.ilga.org) muestra una impresionante colección de leyes representativas de la "homofobia de Estado" en el mundo. Según los datos allí publicados, no menos de ochenta y cinco (85) Estados miembros de Naciones Unidas criminalizaban en el año 2007 los actos sexuales entre personas adultas del mismo sexo con mutuo consentimiento. Tales pautas legales —más allá de las enormes diferencias respecto a su aplicación sistemática— obligan a las personas a permanecer invisibles y a negar quienes son realmente. A su vez, en los últimos años más de una docena de países ya han modificado sus legislaciones a fin de darles cabida a las parejas del mismo sexo. Han reconocido el matrimonio: Holanda (2001), Bélgica (2003), España (2005), Canadá (2005), Sudáfrica (2006), Suecia (2009) y Noruega (2009). Por otro lado, tienen en sus legislaciones figuras como la unión civil o declaraciones de convivencia, con todos o algunos de los derechos que se da al matrimonio: Dinamarca (1989), Noruega (1993), Suecia (1994), Islandia (1996), Holanda (1998), Francia (1999), Alemania (2001), Finlandia (2001), Luxemburgo (2004), Nueva Zelanda (2005), Reino Unido (2005), Suiza (2005), República Checa (2006), Eslovenia (2006), Hungría (2009) y Uruguay (2009). Incluso algunos estados norteamericanos han incorporado a su legislación institutos similares al matrimonio, entre ellos se cuentan: Massachussets, Vermont, Washington, New Jersey, New Hampshire, Maine, Hawaii, el distrito de Columbia, Connecticut, Oregon, etc (v. M. V. Lee Badgett, *When Gay People Get Married*, NYUP, New York, 2009). Cabe señalar que en los casos de Estados Unidos —a través de una sentencia de la Suprema Corte Judicial de Massachussets, en 2003— y Sudáfrica —mediante el fallo de la Corte Constitucional en "Minister of Home Affairs and another v. Fourie and another", del 01/12/05— fue el impulso judicial el que motivó los cambios en la legislación. A su vez, también en el estado de California, Estados Unidos, más allá de la solución final, los tribunales han sido un contrapunto esencial a la hora de revertir su formativa...Asimismo, cabe resaltar, la hostilidad hacia quienes integran minorías sexuales se estructura de modo similar al racismo (ver, Yves Roussel, "Les récits d'une minorité", en *Homosexualités et droit*, Daniel Borillo [director], Puf, Francia, 1999, págs. 1 y ss.)...La burla, los estereotipos, el uso de expresiones como "torta", "trollo", "invertido", "puto", "loca", "maricón", "tortillera", "marica", etc., son grave*



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

heridas a la dignidad a las que muchas personas se ven expuestas en su vida cotidiana" ("Freyre Alejandro contra GCBA sobre AMPARO (Art. 14 CCABA", expediente 34292, noviembre de 2009, sentencia de la Dra. Gabriela Seijas, el resaltado en letra negrita me pertenece) .

"Si el derecho de las minorías sólo alcanza para que sus miembros reciban tolerancia, poco se ha avanzado en el camino al respeto sincero y acabado por los planes de vida de las personas" .

"Partiendo del régimen constitucional de la Ciudad de Buenos Aires, es claro que no hay orientaciones sexuales o géneros buenos y malos: la opción sexual y el género son cuestiones extramORALES. No hay un marco normativo que permita establecer géneros normales y patológicos. Se trata de admitir que la libertad y el reconocimiento son muy importantes para la dignidad humana."La verdadera injusticia siempre ha de encontrarse en el punto preciso en que nos ponemos del lado del bien y ponemos a otras personas del lado del mal" (Theodor Adorno, citado por Judith Butler, *Dar Cuenta de sí mismo*, cit., pág. 143). El menosprecio de la sexualidad socava la autoestima y las capacidades expresivas y creativas necesarias para desarrollarse. ("Freyre Alejandro contra GCBA sobre AMPARO")

"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".

"De lo que se trata entonces es de advertir el contrasentido de unos derechos que se predicán como universales pero dejan a un grupo de personas excluido de su goce".

Al respecto, cabe tener en cuenta el mandato del tercer párrafo del artículo 11 de la CCBA, de acuerdo con el cual: "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 y la efectiva participación en la vida política, económica o social de la comunidad".

Entre las autoridades de la Ciudad destinadas a cumplir este mandato está el Poder Judicial, y entre los obstáculos "de cualquier orden" están, como ocurre en el presente caso, los obstáculos legales de jerarquía inferior a las normas constitucionales y supranacionales.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Tampoco cabe admitir frente a la pretensión de casamiento de los actores situaciones paliativas¹ como suele sostenerse con frecuencia, al postularse que deben conformarse con la "unión civil" reconocida por la ley 1.004.

Tal como lo sostuvo la Dra. Seijas, dicha norma no satisface adecuadamente el principio de igualdad. En todo caso, es ostensiblemente una mitigación de la exclusión que sufren los actores, o visto de otro lado, un reconocimiento con mengua de sus derechos que deben ser plenos y eficaces.

Al respecto, cabe recordar que la Constitución de los porteños contiene un mandato de eficacia en su artículo 10 al establecer que "Los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitado por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y ésta no puede cercernarlos"

"No basta con reconocer o proclamar un derecho fundamental, lo que, con toda su gran importancia, a veces resulta un tanto simple. Es preciso ir concretando su ámbito y contenidos, y a tales efectos resultará decisiva la función jurisdiccional, dado que la respuesta del constituyente suele ser sucinta y escueta, y por su parte, el legislador tampoco tiene por qué estar rellenando huecos continuamente..." (Lorenzo MARTIN RETORTILLO BAQUER, "Eficacia y Garantía de los Derechos Fundamentales", Estudios sobre la Constitución española -Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, Tomo II, Editorial Civitas, Madrid, 1991, página 591).

Es así que en el caso presente es identificable como obstáculo a remover en aras de la plena eficacia y vigencia de los derechos de los actores, que el Código Civil no contempla a los actores toda vez que la unión matrimonial que regula lo es sobre la base de la unión de un hombre y una mujer.

Sobre la base de esta premisa asiste razón a la demandada en cuanto a que no existe arbitrariedad manifiesta en el actuar de la Administración que denegara la petición de los actores.

Es que como se viene diciendo, el nuevo alcance subjetivo de esa norma a consideración actualmente en el Congreso de la Nación² se halla en

¹ *Paliativo*, dicese de lo que **mitiga**, **suaviza** o **atenúa**, según el Diccionario de la Lengua Española, Vigésimo Primera Edición

² Proyecto de ley de los Diputados AUGSBURGER, SILVIA - RODRIGUEZ, MARCELA VIRGINIA - CORTINA, ROY - BISUTTI, DELIA BEATRIZ - LOZANO, CLAUDIO - SESMA, LAURA JUDITH - BONASSO, MIGUEL LUIS - CARLOTTO, REMO GERARDO - MORANDINI, NORMA ELENA - ARETA, MARIA JOSEFA - GORBACZ, LEONARDO ARIEL - RICO, MARIA DEL CARMEN - BARRIOS, MIGUEL

Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

torno al factor tiempo: "Permanencia y renovación, dos propiedades del derecho en relación con el tiempo, dos polos en tensión dialéctica. El derecho necesita de la permanencia de la ley para garantizar la seguridad del tratamiento de casos iguales de la misma manera, pero también requiere de la renovación que le imprime los cambios de jurisprudencia, en aras de la mayor justicia de las decisiones particulares. De la armonía de esa dialéctica, de esa agonística, surge la cabal definición del Derecho. Como señaláramos en otro lugar: "El tiempo en la norma general, siguiendo la idea de Heidegger, es un tiempo sin fechas, y por lo tanto sin significado en sí. Como un reloj puesto en cualquier hora, que marca los instantes pero sin referencia a ningún tiempo mundano concreto...en el tiempo mundano, la fechabilidad y la significabilidad aparecen recién la etapa judicial, ...etapa de determinaciones temporo-espaciales y de sentido. Los lugares vacíos se llenan de contenido, y el tiempo se convierte en períodos, lapsos, etapas, plazos, etc." (Eduardo A. RUSSO, El tiempo en la norma y en el derecho judicial en "La administración de justicia en los albores del tercer milenio, Ed. Universidad, Buenos Aires, 2001, páginas 235/236, en el Prólogo a la obra Colección de Análisis jurisprudencial -Teoría General de Derecho-, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2002).

Por lo tanto, dado que la pretensión de los actores hace al goce pleno de sus derechos, con mandato constitucional de eficacia y vigencia, y la consiguiente tarea judicial de remover los obstáculos que impiden o menguan los mismos, sumado al factor tiempo en el derecho en razón del cual si bien hay iniciativas de nuevas leyes a fin de contemplar el nuevo alcance subjetivo de esos derechos, en el día de hoy, todos esos factores hacen que nos hallemos ante un caso no previsto en el Código Civil, aunque sea esa misma norma de fondo la que precisamente contempla cómo debe procederse en tales supuestos dado que contempla a "modo de clausura"³ que los jueces no

ANGEL, expediente Nº 1736-D-09, con trámite parlamentario 029 (16/04/2009); proyecto de modificación del Código Civil de los Diputados IBARRA, VILMA LIDIA - BASTEIRO, SERGIO ARIEL, Nº de expediente 1854-D-2008, con trámite parlamentario 034 (29/04/2008).

³ "A nuestro entender el orden jurídico, como enunciación lingüística de textos de una estructura compleja de normas jurídicas, es decir de pensamientos normativos, presenta lagunas a través de enunciaciones incompletas o insuficientes; pero el orden jurídico vigente en tanto que complejo de pensamientos normativos, si bien expresados por textos deficientes, no tiene lagunas porque el axioma de todo lo que no está jurídicamente prohibido está permitido, suministra siempre una norma de clausura con que puede resolverse el caso. Si el juez considera esa solución de clausura como injusta, y decide explicitar o completar una norma que decida ese caso



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes (artículo 15), el cual sumado a lo que dispone el artículo 16 en cuanto al modo de resolver una cuestión jurídica ante la falta de ley, que es lo que a mí entender ocurre en el presente caso.

Ante tal supuesto, dicha norma establece que la cuestión ha de resolverse por los principios generales del derecho teniendo en cuenta las circunstancias de caso si es que previamente no hubiere leyes análogas a las cuales acudir.

Tenemos así que al mandato constitucional porteño de eficacia de los derechos fundamentales (artículo 10) se agrega lo dispuesto por el artículo 15 del Código Civil en cuanto a la obligación de los jueces de resolver la cuestión planteada, teniendo en cuenta que el modo de resolución se halla explicitado en el artículo 16 del mismo Código de fondo.

Así pues no existe óbice alguno en lo relativo a todos los aspectos jurídicos concernidos para encontrar la solución que mejor satisfaga los derechos puestos en ejercicio por los actora a través de la presente acción de amparo.

"El órgano administrativo, lo mismo que el juez, no puede negarse ejercer su funciones administrativas so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, no porque lo diga o no lo diga un texto legal expreso, sino por las necesidad de ejecutar la ley como administrador (administrar, deriva de la propia contextura lógica de la norma que estructura la conducta de ese sujeto de derecho llamado administrador. El mismo carácter lógico jurídico que tiene la noción de "juez", en virtud del cual no puede menos que juzgar porque es juez, y un juez que no juzgara implicaría en sí un juicio contradictorio..." (LINARES, Juan Francisco, "Caso administrativo no previsto" Editorial Astrea, Buenos Aires, 1976, página 38).

Y precisamente encuentro que la solución del presente caso discurre por la aplicación analógica de las disposiciones contempladas en el Código Civil con relación al matrimonio de una mujer con un hombre.

En efecto, "el razonamiento se desenvuelve en la siguiente forma: previstos y contemplados los casos a, b, y c por una ley, y siendo que el caso

en otro sentido justo, lo hará sobre la base de ciertas valoraciones jurídicas vigentes en la comunidad y que él debe captar como órgano estatal", LINARES, Juan Francisco, en la obra Caso Administrativo no previsto, Ed. Astrea, Bs.As., año 1976, página 25



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

d, no previsto, substancialmente similar a aquéllos, el género legal que incluye los casos a, b y c debe considerarse comprehensivo también de d. Por substancialmente similar se significaría, según Bobbio, que la razón suficiente de a, b y c, es la misma que la de d. Y por razón suficiente debe entenderse según él la eadem ratio o ratio juris de la ley; y de acuerdo con lo que enseña Bobbio, significa, o relación de fundamento a consecuencia o relación de causalidad" (LINARES, op.cit., página 56), siendo evidente que la única condición no prevista por el Codificador con relación al matrimonio de dos personas fue la misma condición sexual por lo que la condición superadora de "personas" viene a constituirse en el caso, el género legal influyente del caso no previsto es decir, el matrimonio de dos hombres o de dos mujeres.

Más allá de la condición sexual y sobre la premisa común de que mujer y hombre constituyen la especie humana, nada impide en consecuencia, considerar que tanto el matrimonio de mujer con mujer, de hombre con hombre es "substancialmente" igual que el de hombre y mujer.

El hecho de que sea este último el que únicamente halla contemplado el Codificador no impide que mediante la tarea judicial en tanto el juez es aplicador e intérprete de las normas, se halle la solución que conjugue los derechos de los actores y el supuesto conflicto ante una norma que los excluye, porque en todos los casos, se trata de seres humanos, una condición que como antes dije, se erige en superadora habilitando la aplicación analógica de la institución matrimonial a los actores.

El "cartabón estimativo"⁴ que suministra así el artículo 16 del Código Civil a fin de que el juez pueda resolver un caso no previsto en la norma se adecua a fin de satisfacer la vigencia plena de los derechos de los actores y hace que se descarte de plano la declaración de inconstitucionalidad solicitada por la actora a fojas 17 vuelta puesto que como se viene advirtiendo la vía para la eficacia de los derechos en juego de los actores no va por ese camino.

Por el momento, y hasta que una nueva ley haya cambiado la connotación jurídica de "caso no previsto" al matrimonio de personas del mismo sexo, es el Juez quien, en cumplimiento de sus obligaciones, habrá de allanar las dificultades y obstáculos que impidan o menguen los derechos de las personas.

POR LO EXPUESTO, RESUELVO:

⁴ LINARES, op.cit., página 55



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

1. Ordenar a las autoridades del Registro Civil y Capacidad de las Personas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tener por autorizado el matrimonio de Damián Ariel Bernath y Jorge Esteban Salazar Capón -en caso de que lo soliciten- y en tal caso, proceder de inmediato a disponer lo necesario tendiente a que dichas personas puedan acceder al derecho de estar unidos en matrimonio ante la Ley.

A tal fin, téngase por removidos todos los aspectos reglamentarios formales que impliquen una dilación innecesaria. Por caso, los 28 días de anticipación o el lugar de celebración, atento las particularidades del presente caso. Asimismo, las autoridades del hospital público al cual deberán acudir los actores a fin de cumplimentar el examen prenupcial otorgarán absoluta prioridad al mismo.

2. Rechazar el planteo de inconstitucionalidad de los artículos 172 y 188 del Código Civil de la República Argentina.

3. Atento al modo en que se resuelve la cuestión, las costas se imponen en el orden causado.

Regístrese, notifíquese a las partes, — a la Señora Fiscal en su despacho— y, oportunamente, archívese.


ELENAMANDA LIBERATOR
JUEZA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO
CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES