

**ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA
INSTAURACIÓN DEL MATRIMONIO ENTRE
PERSONAS DEL MISMO SEXO**

*Disertación del Dr. Norberto Padilla
en sesión privada del Instituto de Política Constitucional,
del 16 de junio de 2010*

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA INSTAURACIÓN DEL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO

Por el DR. NORBERTO PADILLA

1. La diversidad de sexos, esencial al matrimonio

El Digesto, a través de Modestino, define el matrimonio como “unión del marido y la mujer y la fusión de toda vida y comunicación del derecho divino y humano” (Digesto, XXIII, 2,1).

El gran jurisconsulto romano no hacía sino recoger lo que entendieron todas las culturas, desde la más remota antigüedad, más allá de su grado de civilización o la religión que predominara. Y siguió siendo así, de modo tal que Portalis decía que el matrimonio es “una sociedad del hombre y la mujer que se unen para perpetuar la especie, para ayudarse, para socorrerse mutuamente, para llevar el peso de la vida y compartir su común destino”.

Vélez Sarsfield, quizás por lo peligroso de las definiciones en Derecho, no definió el matrimonio, pero su carácter heterosexual resulta de un cúmulo de normas. Sin diversidad de sexos el matrimonio sería inexistente.

Más cerca nuestro, en 1987 se derogó la ley 2393 y se dictó una nueva normativa sobre el matrimonio (ley 23.515), que incluye el divorcio vincular. Es interesante notar que el art. 172 de la sanción de Diputados habla de “los contrayentes”, pero, a raíz del dictamen en minoría, firmado por varios senadores, que luego fue aceptado en la sanción, quedó redactado así: “*Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por el hombre y la mujer ante la autoridad competente para celebrarlo...*”. Respecto a la mención de hombre y mujer no hubo debate alguno, aunque el original sufrió una modificación, propuesta por el Senador de la Rúa con los términos “pleno y libre” y la “autoridad competente”, que consideró adecuado a los tratados internacionales. Sólo cabe pensar que en 1987 el legislador avizoró aquello que ahora se discute y quiso afirmar, en una ley que muchos sectores calificaron de verdadero avance, que el matrimonio es unión de varón y mujer, lo que en tiempos de Vélez pudo parecer innecesario.

En su Tratado de Derecho Civil, posterior a la ley 23.515, Guillermo Borda da como el primero de los “*impedimentos relativos a las condiciones naturales para contraer matrimonio*” no ser los que intentan casarse de distinto sexo: “*Aunque el art. 166 no enumera este impedimento, es obvio que el matrimonio tiene que celebrarse entre personas de distinto sexo; se trata de una condición natural ineludible*”, recordando luego el ya mencionado art. 172. Y continúa: “*La única dificultad posible en este punto la constituyen los casos, bien raros por cierto, de hermafroditismo*”, en lo que considera aplicable la jurisprudencia canónica de que si el hermafrodita tiene un sexo predominante y puede con él realizar la cópula carnal, puede contraer matrimonio, en caso contrario, no. Pero si se descubre luego que la persona no tiene el sexo que aparentemente poseía, el matrimonio es nulo¹.

¹ Borda, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil- Familia*, Ed. La Ley, Bs.As., 2008, tomo I.

Por su parte, Vidal Taquini es crítico con la redacción del art. 172:

“La expresión del consentimiento debe ser dada por hombre y mujer. Debió decir varón y mujer, todo lo cual resulta redundante, porque no se debió puntualizar, e innecesario, ya que es la esencia del matrimonio que éste no puede celebrarse sino por persona de distinto sexo, lo cual surge de la definición, por ser el matrimonio la unión legítima del hombre y la mujer”².

Lo expuesto prueba que ni siquiera se consideraba necesario explicitar la diversidad de sexos, y estos juristas contemporáneos, de indudable prestigio, siguen el camino de todos los ordenamientos jurídicos y todas las enseñanzas morales y religiosas. Ello nos coloca ante la enorme gravedad de la reforma que discute el Congreso, que más que reforma significa un golpe mortal a la institución misma del matrimonio. Pareciera que se trata de reemplazar el género por el término “los contrayentes” (por qué no, las contrayentes), pero con ello se afecta la “esencia del matrimonio”.

Lo que se pretende es que ese “*consortium omnis vitae*” sea indistintamente hetero u homosexual. Pero esa participación de toda la vida se traduce en la apertura a la transmisión de ella, que el hombre y la mujer a lograr juntos por su propia conformación natural, física y psíquica. Por supuesto, hay casos en los que la procreación no es posible por razones de edad o de infecundidad, y es a menudo causa de dolor y frustración. La adopción, en estos casos, es una apertura generosa a la vida por parte de los matrimonios que no pueden procrear físicamente.

No cabe duda que dos personas del mismo sexo, cualquiera sea la entrega y el amor que se profesen, están impedidos de procrear, no hace falta abundar sobre esto.

² Vidal Taquini, Carlos H. *Matrimonio Civil Ley 23.515*. Ed. Astrea, 1991, Comentario al art. 172 CC).

Se dice entonces que la imposibilidad física puede suplantarse con la adopción. Se abre entonces un universo de manipulaciones de otros seres humanos, del niño en primer lugar, y de todo el universo de técnicas para suplir lo que “natura non da” (alquiler de vientres, disposición de semen, y otras semejantes)³.

2. Las cuestiones constitucionales

a. El bien común

Desde ya asumo la dificultad que plantea, a la luz de la relativización de todos los conceptos, afirmar con apoyo en la jurisprudencia que este cambio sustancial que se propone sea considerado contrario al bien común y a la moral pública. La doctrina de la Corte Suprema está ahora lejos del fallo de 1991 “Comunidad Homosexual Argentina”⁴ y de otros anteriores en línea similar.

No obstante, debemos detenernos en lo que es el “bienestar general” del Preámbulo, que, según asentó la Corte Suprema, no es otro que el bien común de la filosofía clásica. Bidart Campos escribe: “*Este bienestar contiene a la prosperidad, el progreso, al desarrollo, con todos sus ingredientes materiales e inmateriales, que abastecen la buena convivencia social*”.⁵ Esa buena convivencia social se ve herida cuando se ataca de manera tan virulenta la institución matrimonial.

Es cierto que el Congreso tiene la atribución de dictar los códigos de fondo, y en la materia lo ha hecho con posterioridad al

³ Lafferriere, Jorge Nicolás, *Proyectos de ley de modificación del Código Civil para la legalización de las uniones de personas del mismo sexo*, en *El Matrimonio, un bien jurídico indisponible*, UCA, Bs.As. 2010, Cap.4.

⁴ El Derecho, tomo 146, (1992), 238.

⁵ Bidart Campos, Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional*, Ediar, 1986, Tomo I, p 56.

Código Civil en numerosas oportunidades, marcadamente con la ley 2393 de matrimonio civil, la ley 17.711 y las leyes 14.394 y 23.515 que admitieron el divorcio vincular.

Pero si la competencia no es discutible, el fondo sí lo es en cuanto a que esta reforma es de una trascendencia de extrema gravedad que la hace atentatoria del bien común. En tal sentido, es oportuno releer el mensaje que el Presidente Hipólito Yrigoyen dirigió al Congreso en 1922 cuando estaba por tratarse un proyecto de ley de divorcio⁶.

Habrà sí una desvalorización cada vez mayor del matrimonio (unión estable pero ya no necesariamente “para toda la vida”,

⁶ **Mensaje sobre un proyecto de ley de divorcio**

Buenos Aires, setiembre 19 de 1922 Al Honorable Congreso de la Nación: Vuestra Honorabilidad tiene a su estudio un asunto de la más trascendental importancia para la estabilidad social de la Nación: el proyecto de ley sobre divorcio. La organización de la familia, base fundamental de la constitución de las sociedades, será puesta en debate. Ante un problema semejante, el Poder ejecutivo se siente inclinado a exponer su juicio, dado que, no podrá ya intervenir en la discusión que se ha planteado en el seno del V. H. Surgido el actual gobierno de un movimiento de opinión nacional para afianzar y estabilizar definitivamente las básicas instituciones sociales y políticas del país, cual felizmente ha llegado a culminar en sus grandes propósitos, no puede el Poder Ejecutivo permanecer indiferente ante una iniciativa que amenaza con mover los cimientos de la familia argentina en su faz más augusta. Nuestros hogares desde los más encumbrados hasta los más modestos, viven felices bajo los auspicios de sus leyes y su primordial preocupación la constituyen su embellecimiento y su bienestar positivo. El tipo ético de familia que nos viene de nuestros mayores ha sido la piedra angular en la que se ha fundado la grandeza del país, por eso el matrimonio, tal como está preceptuado, conserva en nuestra sociedad el sólido prestigio de las normas morales y jurídicas en que reposa. Toda innovación a ese sentido puede determinar tan hondas transiciones que sean la negación de lo que constituyen sus más caros atributos. Es así V. H., debe meditar muy profundamente para saber si está en las atribuciones de los poderes constituidos, introducir reformas de tan vital significación o si ellas pertenecen a los poderes constituyentes. No basta que el matrimonio esté regido por el Código Civil para llegar a la conclusión de que es susceptible de modificarse en su esencia por simple acto legislativo. Base como he dicho, de la sociedad argentina que la constitución organiza con determinados caracteres y que llega hasta fijar condiciones de conciencia del Jefe del Estado, es ante todo una organización de carácter institucional que ningún representante del pueblo puede sentirse habilitado a modificar, sin haber recibido un mandato expreso para ese objeto. Un alto concepto de la función de gobernar nos impone siempre la previsión para detenernos. El Poder Ejecutivo deja así expresados sus pensamientos, inspirado en la defensa de la estabilidad y armonía del hogar, fuente sagrada y fecunda de la patria.

H. Yrigoyen

Tomado de: “Ley 12.839. Documentos de Hipólito Yrigoyen. Apostolado Cívico. Obra de gobierno. Defensa ante la Corte” Bs. As., Senado de la Nación, 1986.

susceptible de contraerse independientemente de la diversidad de sexos). La familia misma, como “*elemento fundamental de la sociedad*” (art. VI, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre), estará perjudicada ya que su primer origen es la unión matrimonial del hombre y la mujer.

b. Igualdad y discriminación

Inversamente, se intenta fundar en el art. 16 CN y en los Pactos de jerarquía constitucional (art. 75, inc.22 CN) el derecho de las personas de elegir casarse con quien deseen, cualquiera sea su sexo.

Basta recordar el conocido principio de que la igualdad es en igualdad de circunstancias. No hay un derecho absoluto a casarse, como que no puede concretarse sin otro ser humano de distinto sexo que acceda con su libre y pleno consentimiento. No hay un derecho a casarse de los menores de determinada edad ni de los insanos, incapaces de gobernar su persona y bienes. No hay derecho a casarse mientras subsista el matrimonio anterior, no tienen derecho en la Argentina los hombres, a tener varias esposas, o, más raramente, la mujer a tener varios esposos. Los hermanos no pueden casarse, suegros y nueras y suegras y yernos tampoco, y así podríamos seguir. Los contrayentes no pueden optar por dar el consentimiento ante un ministro religioso con efectos civiles ni por un matrimonio civil sin disolubilidad, según doctrina de la Corte Suprema de fecha cercana, aunque su pertinencia constitucional es más que defendible⁷.

Tampoco es que hay una categoría de personas, las de condición homosexual, a las que se les impide acceder al matrimonio heterosexual, como tampoco se impide que esas personas conformen parejas con vocación de estabilidad con otros del mismo sexo.

⁷ CSJN Fallos, 321-92 (Sisto y Franzini).

Tan no es discriminatorio negar el matrimonio homosexual⁸ que allí donde se lo acepta sólo un porcentaje ínfimo recurre a él⁹, es decir, que una mayoría de esas personas no se ven penalizadas por contraer ese tipo de matrimonio y llevan su existencia de acuerdo a sus afectos y convicciones religiosas y morales dentro de la convivencia social respetuosa de la diversidad pero que no debiera renunciar a mantener el valor fundamental del matrimonio, entendido éste como unión de varón y mujer. Por el contrario, una militancia particular busca imponer al conjunto de la sociedad lo que para dicha sociedad está reñido con su más profunda conformación.

Sin lugar a dudas se olvida el valor pedagógico de la ley, o, por el contrario, se busca que a través de la ley se altere lo que está encarnado en la sociedad más allá de clases, religiones y posiciones políticas.

c. Los Pactos con jerarquía constitucional

La importancia de la familia como “elemento natural y fundamental de la sociedad” (art. 16.3, DUDH; art. 10, 1. PIDES, Art. 23 PIDCP; art. 17 CADH) está directamente relacionada con el matrimonio, al que se hace referencia en cada uno de los

⁸ Belluscio, Augusto C., *El matrimonio homosexual celebrado en el extranjero*, La Ley, 2008-B, 906.

⁹ http://es.wikipedia.org/wiki/Matrimonio_entre_personas_del_mismosexo_en_Espa%C3%B1a

Año	Matrimonios entre varones	Matrimonios entre mujeres	Matrimonios entre personas del mismo sexo	Total matrimonios	% matrimonios entre personas del mismo sexo
2005 (desde julio)	923	352	1.275	120.728	1,06
2006	3.190	1.384	4.574	211.818	2,16
2007	2.180	1.070	3.250	203.697	1,60
2008	2.299	1.250	3.549	196.613	1,81

mismos artículos. Tan así que la DUDH expresamente dice: “Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna,... a casarse y formar una familia”. Sin negar la existencia de situaciones en las que la familia no se funda en el matrimonio, no cabe duda que para la Declaración casarse y formar una familia son elementos interrelacionados.

Tanto el art. 23 del PIDES como el 17 de la CADH expresamente reconocen el derecho a casarse “del hombre y la mujer”, que es lo que está receptado en el ya mentado art. 172 CC (ley 23.515).

Sería tildar de redundantes a los gobiernos que firmaron los tratados o los legisladores que los aprobaron, suponer, como se hizo en España, que el sentido verdadero es la posibilidad no de hombre y mujer sino también de hombre con hombre y mujer con mujer. Merece, entonces, citarse a el grande e inolvidable constitucionalista Germán Bidart Campos cuando escribió, comentando los instrumentos internacionales:

“El apartado 2 reconoce operativamente el derecho de casarse. Aquí sí se enfoca un derecho subjetivo de cada persona –hombre y mujer– para contraer matrimonio, con lo que la norma no serviría para cubrir uniones entre personas del mismo sexo. En efecto, aun cuando no se dice que el derecho es de contraer matrimonio “entre sí” (el hombre con la mujer), damos por cierto que ése es el sentido de la cláusula, y que al formularla no se pretendió darle el alcance de que “el hombre y la mujer” titularizan el derecho de casarse no “entre sí” sino el hombre con otro hombre y la mujer con otra mujer”¹⁰.

Lo expuesto da lugar a por lo menos dos reflexiones.

¹⁰ Bidart Campos, Germán J., *Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Ediar, Bs.As., 1995, Tomo III p 493.

Primero, el matrimonio para los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional es el que contraen el hombre y la mujer entre sí por lo que el Congreso no puede dar el nombre y derechos del matrimonio a la unión de personas del mismo sexo, como que no podría excluir la “disolución” del vínculo, habida cuenta de las expresas disposiciones de aquéllos.

Segundo, el argumento de que la exigencia de la diversidad de sexos es discriminatoria respecto al derecho de casarse no puede sostenerse a la luz de los tratados ya que sólo son titulares del derecho hombres y mujeres cuando se casan entre sí.

d. La adopción y el interés superior del niño

Para que la unión homosexual que aspira a ser matrimonio responda de alguna manera a la apertura a la vida, se reivindica el derecho de quienes lo contrajeron a adoptar, sobre lo que se ha dicho algo ya más arriba. Hay, se dice, un ansia de paternidad/maternidad que, imposible naturalmente, puede serlo por obra de la ley. Más aún, hay niños (o niños, niñas y adolescentes –NNA–, para utilizar la terminología más reciente) que anhelan salir de situaciones de carencia y abandono, por lo que las parejas homosexuales pueden brindarles ese hogar que les falta.

Es curioso cuanto menos que el legislador haya rodeado de dificultades la adopción, que haya matrimonios que esperan durante años el llamado de la oficina o juzgado que les anuncie que hay un niño esperándolos. De ahí que sea erróneo abrir la posibilidad de adopción a parejas homosexuales cuando hay matrimonios heterosexuales disponibles, capaces de dar al niño un padre y una madre.

Con el mayor respeto y delicadeza hacia situaciones de hecho existentes, debe decirse que la adopción en esas condiciones no responde al interés superior del niño quien, para el “*pleno y ar-*

monioso desarrollo de su personalidad”, debe crecer “*en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión*” (CDN, Preámbulo). Aunque por razones diversas no es siempre así, la naturaleza misma hace que el ser humano se desarrolle con un padre y una madre, y ello es lo que debe buscarse al confiar a un niño en adopción. Volvemos a recordar a Bidart Campos: “*El interés superior del niño ha de ser la consideración primordial que tiene que ser atendida*”¹¹.

El problema de la adopción ha sido quizás el que suscita más resistencias tanto en el país como en el extranjero. Por citar el caso más reciente, Portugal ha sancionado la ley de matrimonio homosexual, pese a la oposición del Presidente Aníbal Cavaco Silva, quien sin embargo decidió no vetar la ley y explicar sus razones en un mensaje al pueblo. A diferencia de otros países, la ley portuguesa excluye la posibilidad de adopción¹².

3. Conclusión

Nada impide que la ley dé respuestas como la de los “pactos de solidaridad” (*pacs*) de la legislación de Francia, país que, pionero del matrimonio civil y del divorcio vincular, no ha equiparado esas uniones a las matrimoniales. Se han propuesto también entre nosotros soluciones alternativas como la unión civil, aunque existe el peligro de reconocer todos los derechos del matrimonio menos el nombre mismo, lo que consagraría cierta hipocresía legal sin que satisfaga tampoco a quienes bregan por el matrimonio del mismo sexo.

¹¹ Bidart Campos, Germán J., *Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Ediar, Bs.As., 1995, Tomo III p 621.

¹² <http://www.elmundo.es/elmundo/2010/05/17/internacional/1274133034.html>

La sanción dada por la H. Cámara de Diputados a la reforma del Código Civil, de convertirse en ley, significaría una gravísima lesión al concepto mismo de matrimonio y de la familia, cuya protección integral está consagrada en el ar. 14 bis CN. Para asegurar el “bienestar general” el Estado debe promover la constitución de familias estables, basadas en el matrimonio entre hombre y mujer y no, como ocurre, que familia y matrimonio sean permanentemente depreciados y sus fundamentos socavados. Más sorprendente aún es comprobar que mientras se proclama la crisis del matrimonio como institución fundamental de la sociedad y gobernantes, medios de comunicaciones y otros grupos exaltan las bondades de no estar atados por sus lazos, se encuentra que, excepcionalmente, son las parejas del mismo sexo las que no pueden prescindir de él para expresar sus sentimientos recíprocos.

Sólo cabe esperar que la H. Cámara de Senadores niegue su sanción a ese proyecto de ley, con lo que responderá a las valoraciones del pueblo de la Nación, cuya voz a menudo queda sofocada por el activismo de minorías y la utilización política que se hace de éstas.