

Proyecto de Ley de Matrimonio para todos y todas

AL HONORABLE CONGRESO DE LA NACIÓN

Tengo el agrado de dirigirme a Vuestra Honorabilidad con el objeto de someter a su consideración el presente proyecto de Ley tendiente a garantizar el derecho a contraer matrimonio a las personas gays, lesbianas y trans por los fundamentos que a continuación se detallan.

1. Antecedentes históricos.

La percepción de la homosexualidad, entendiendo por la misma la atracción sexual y afectiva entre personas del mismo sexo, ha sufrido a lo largo de la historia de Occidente numerosos cambios que abarcaron etapas de indiferencia, de tolerancia y de prohibición absoluta. Es la concepción que sobre la homosexualidad se ha tenido en cada época y sociedad, considerando obviamente a legisladores/as como parte de ella, la que ha determinado la concepción legal de la homosexualidad, los derechos reconocidos a las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans y la actitud del Estado frente a ellas.

La cultura del mundo Occidental se basa en varios pilares: en primer lugar, el legado greco-latino; en segundo lugar, el cristianismo en sus diversas variantes y, en tercer lugar, la Ilustración, en la que la autoridad teológica sobre muchos aspectos fue cedida a lo que denominamos en la actualidad el método científico, a partir de principios del siglo XIX.

En el mundo greco-latino, lo que llamaríamos en la actualidad "orientación sexual" de la persona no tenía mayor relevancia; los actos sexuales eran actos privados y existía una falta absoluta de prejuicio respecto a la homosexualidad. Así, las relaciones y uniones entre personas del mismo sexo eran corrientes. Todo ello se desprende de los numerosos textos griegos y latinos: Platón, el Satiricón de Petronio, los poemas de Cátulo, las églogas de Calpurnio, el Diálogo de Cortesanos de Luciano, las sátiras de Juvenal y un sinfín de obras más.

En "*Symposium*" (El banquete) de Platón, que se cree que fue escrito hacia el año 386 a.C., se discute extensamente el origen, el significado y la

filosofía del amor. En un apartado, varios participantes ponderan los relativos méritos de varios tipos distintos de amor. Fedro describe al mítico Orfeo, que bajó a los infiernos para rescatar a su esposa de la muerte, y a Aquiles, el guerrero griego de la épica *Ilíada* de Homero, asesinado al intentar vengar la muerte de su amante guerrero, Patroclo. Orfeo fue castigado porque su cobarde conducta le hizo fracasar en su misión, y Aquiles fue enviado “a la isla de los bienaventurados” por su valor.

Podríamos citar también en la historia de la Antigua Roma el amor del emperador Adriano por su joven amante Antínoo (narrado maravillosamente por Marguerite Yourcenar en “*Memorias de Adriano*”), para quien mandó a construir una ciudad y decenas de monumentos luego de su muerte; podemos buscar las pinturas del antiguo Egipto que retratan el amor de dos hombres, o los escritos de los clásicos de la antigua Grecia que hablan de las relaciones homoeróticas con absoluta naturalidad, como el texto de Platón que antes citamos. Podemos encontrar diferentes culturas en las que lo que hoy llamamos “travesti” o “transexual” era considerado un tercer género y hasta idealizado, ya que se suponía que las personas de ese tipo contaban con las cualidades masculinas y femeninas a la vez.

Sin embargo, eso que ha existido siempre no siempre se ha llamado igual o, de hecho, no siempre se ha llamado, ni siempre se ha visto cargado de los estigmas y prejuicios que hoy conocemos. Dice Osvaldo Bazán en su epílogo de la “*Historia de la Homosexualidad en la Argentina*” que “algún día, finalmente, se habrá de saber la verdad tan celosamente guardada: la homosexualidad no es nada”.

¿No es nada? El intelectual brasileño Tomás Tadeu da Silva afirma que identidad y diferencia (“soy negro”, “soy homosexual”, “soy hombre”, “soy argentino”) no son más que actos de creación lingüística. ¿Cómo se entiende esta afirmación? “Decir que son el resultado de actos de creación significa decir que no son ‘elementos’ de la naturaleza, que no son esencias, que no son cosas que estén simplemente ahí, a la espera de ser reveladas y descubiertas, respetadas o toleradas. La identidad y la diferencia tienen que ser activamente creadas y producidas. Ellas no son criaturas del mundo natural o de un mundo trascendental, sino del mundo cultural y social. Somos nosotros quienes las fabricamos, en el contexto de relaciones culturales y sociales”.

Francis Mondimore, en su libro “*Una historia natural de la homosexualidad*”, recuerda que antes de 1869 no existía la palabra homosexual. Fue en ese año que apareció por primera vez, en un panfleto redactado a modo de carta pública

al ministro de justicia alemán (en alemán se dice *homosexualität*), oponiéndose a que se mantenga en el código penal de ese país la penalización de las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo. Sin embargo, antes de que existiera la palabra homosexual, u otra palabra equivalente, habían transcurrido miles de años de historia.

No existe en las lenguas griega y latina clásicas una palabra que pueda traducirse por homosexual, ya que, como decíamos antes, en esas sociedades no existían las mismas categorías sexuales que usamos nosotros/as, basadas en el sexo de las personas implicadas en una relación. Esta forma de pensar parece no existir en otras épocas.

La primera norma que prohíbe los matrimonios entre personas del mismo sexo es una ley del año 342, posterior a la adopción del cristianismo como religión oficial del Imperio Romano. Sin embargo, esta ley no se aplicó estrictamente y siguieron realizándose uniones entre personas del mismo sexo.

Es el cristianismo (sobre todo a partir del redescubrimiento de los estoicos, que abominaban del placer y consideraban que cualquier actividad sexual que no condujera a la concepción era ilegítima y antinatural) el que introduce la condena de la homosexualidad. En realidad, lo que se condenaban eran los actos de “sodomía”, en lo cuales se incluían cualesquiera actos sexuales que no estuvieran dirigidos a la procreación. Fue S. Tomás de Aquino en la “*Summa Theologica*” quien plasmó esa visión de la sexualidad de una forma contundente para la Iglesia Católica. No obstante, hubo períodos de gran tolerancia hacia la sodomía hasta el siglo XII, época en el que se produce un cambio radical de actitud, que desemboca en una condena total y absoluta de la misma con castigos espantosos, como el enterrar vivas a las personas que habían mantenido relaciones sexuales con judíos/as o miembros del propio sexo, entre otros/as. Todo ello fue plasmado en los Códigos legislativos de la época, debido a la íntima comunión existente entre la Iglesia y el Estado.

No obstante, el Renacimiento trajo la relajación respecto a muchos actos sodomitas, sobre todo los que afectaban a la mayoría de la población (heterosexual), dejando sólo la proscripción de los actos entre personas del mismo sexo. Existe numerosa información sobre los procesos penales contra “los/as homosexuales”, en muchos casos con penas de mutilación o incluso la hoguera.

El progresivo distanciamiento entre la Iglesia y el Estado en Occidente produjo que el hecho de considerar pecado una conducta no se pudiera trasvasar automáticamente a la legislación penal como delito, y es a partir de la

Ilustración, sobre todo a mediados del siglo XIX, cuando empiezan a aparecer obras “científicas” que establecen la homosexualidad (ya utilizando este término) como una grave enfermedad mental y una perversión sexual. Así, la obra “*Psychopathia Sexualis*” (1886) de Krafft-Ebing establece que es “un signo funcional de degeneración del sistema nervioso”. Su conclusión era la misma a la que llegó Santo Tomás de Aquino, entendiéndolo que la única sexualidad natural era la sexualidad procreativa. Para ello, había realizado un estudio entre cuarenta y seis casos sacados de registros policiales y manicomios, u obtenidos de otros psiquiatras. Si de la misma fuente hubiera sacado cuarenta y seis casos de personas heterosexuales internadas en manicomios, o de registros policiales, habría llegado a la conclusión de que los heterosexuales o tienen enfermedades mentales o son delincuentes. Sin embargo, es esta obra la base de la consideración de la homosexualidad como enfermedad mental durante los siguientes 100 años, y causa de que miles de personas fueran castradas químicamente, encarceladas, y asesinadas durante la época nazi. Curiosamente, la legislación antihomosexual nazi es de lo poco que quedó vigente en la Alemania de la posguerra, o incluso la aplicación de uno de los tratamientos más populares cual fue la lobotomía, en la que se eliminaba parte del hipotálamo, y cierto es que funcionaba: la persona dejaba de ser “homosexual”... de hecho dejaba de ser cualquier cosa.

Es curioso que casi al mismo tiempo aparecieran otras obras, igualmente científicas, aunque obtenidas con métodos diferentes, como las de Ellis y Symonds, “*Sexual Inversion*” (1897) en las que se establecía la normalidad de la homosexualidad con un estudio de casos que demostraban la falta absoluta de cualquier factor extraño. Pero esta obra fue prohibida, naturalmente.

El espaldarazo definitivo a la consideración de la homosexualidad como enfermedad la dieron diversos escritos del Dr. Freud, y sobre todo de sus seguidores (que escogieron sólo los escritos negativos de su mentor, ya que Freud cambió de opinión sobre la cuestión posteriormente, cuando afirmó que: “la homosexualidad no es sin duda una ventaja, pero tampoco algo de lo que avergonzarse; no es un vicio, no es una degradación, y no puede catalogarse como una enfermedad”).

Toda esta combinación de persecución religiosa (a través del pecado) o científica (a través de la enfermedad) empezó a cambiar con los estudios del Dr. Alfred Kinsey, quien en su obra “*La conducta sexual del hombre*” (1948) establecía la famosa conclusión de que “el 10 por ciento de los hombres es más o menos exclusivamente homosexual durante por lo menos tres años entre los dieciséis y los

cincuenta y cinco años de edad”. Y más tarde, en 1958 la Dra. Evelyn Hooker, mediante un estudio realizado entre pacientes homosexuales y heterosexuales, llegaba a la conclusión de que la homosexualidad no existía como entidad clínica.

Todo ello llevó finalmente a que la **Asociación de Psiquiatría Americana** (la poderosa e influyente APA) eliminara en 1973 la homosexualidad de su manual de diagnóstico, es decir, de su lista de patologías. Así, de repente, millones de americanos pasaron de ser considerados enfermos mentales a ser personas sanas. **La OMS definitivamente eliminó la homosexualidad como enfermedad mental en 1990.**

¿Qué pretendemos con esta larga explicación sobre la evolución histórica de la percepción social y cultural de la homosexualidad? Pues constatar que fue una concepción religiosa (la judeocristiana) la que inició la persecución de la homosexualidad. En realidad, su condena inicial fue contra los actos de “sodomía”, que eran muchos más, como lo refleja el que aún en determinados estados de los Estados Unidos de América fuesen hasta no hace mucho tiempo punibles no sólo los actos sexuales entre personas del mismo sexo sino también los actos sexuales entre personas de sexo distinto pero no dirigidos a la procreación. De hecho, **el Tribunal Supremo de los Estados Unidos recientemente ha declarado la inconstitucionalidad de estas leyes prohibitivas.** Luego de la separación Iglesia-Estado, es una coartada supuestamente científica la que condena a las personas homosexuales a ser enfermos mentales. Y en la actualidad no existe ninguna excusa con la que sostener la discriminación hacia las personas LGBT más que el irracional prejuicio.

Decimos entonces que el único fundamento para que persista la discriminación contra las personas LGBT es el prejuicio, y éste no constituye una razón jurídica que pueda sustentar la pretensión de excluir a un conjunto de personas que, como dice la Constitución, habitan el suelo argentino, del derecho a contraer matrimonio y gozar de la protección que la Constitución garantiza a todas las familias.

Por el contrario, dicha segregación contradice expresamente las normas vigentes y repugna tanto la letra como el espíritu de nuestra Carta Magna.

Tomás Tadeu Da Silva, autor antes citado, recuerda lo ya afirmado por el lingüista suizo Ferdinand de Saussure: el lenguaje es, fundamentalmente, un sistema de diferencias: ser “esto” significa no ser “aquello”. Esas diferencias, en el terreno de las identidades, encierran otros procesos. Según Da Silva, la identidad y la

diferencia están en estrecha conexión con relaciones de poder y, por lo tanto, no son nunca inocentes. La diferencia entre “esto” y “aquello” o, más bien, entre “nosotros” y “ellos”, encierra otras marcas de la presencia del poder: incluir/excluir (“estos pertenecen, aquellos no”), clasificar (“buenos y malos”, “puros e impuros”), normalizar (“normales y anormales”). Los pronombres nosotros y ellos no son aquí simples categorías gramaticales, sino evidentes indicadores de posiciones de sujeto fuertemente marcadas por relaciones de poder.

De los procesos anteriormente mencionados, vamos a detenernos en el proceso de *normalización*. Se trata, según Da Silva, de uno de los procesos más sutiles por los cuales el poder se manifiesta en el campo de la identidad y la diferencia: “Normalizar significa elegir –arbitrariamente– una identidad específica como parámetro en relación al cual las otras identidades son evaluadas y jerarquizadas. Normalizar significa atribuir a esa identidad todas las características positivas posibles, en relación a las cuales las otras identidades sólo pueden ser evaluadas de forma negativa. La identidad normal es ‘natural’, deseable, única. La fuerza de la identidad normal es tal que ella ni siquiera es vista como una identidad, sino simplemente como *la* identidad. Paradójicamente, son las otras identidades las que son marcadas como tales: en una sociedad en la que impera la supremacía blanca, por ejemplo, ‘ser blanco’ no es considerado una identidad étnica o racial. En un mundo gobernado por la hegemonía cultural estadounidense, ‘étnica’ es la música o la comida de otros países. Es la sexualidad homosexual la que se ‘sexualiza’, no la heterosexual. La fuerza homogeneizadora de la identidad normal es directamente proporcional a su invisibilidad”.

El discurso que con insistencia sostienen los defensores de la discriminación hace de las palabras “normal” y “natural” su principal bandera: esto es “natural/normal”, aquello es “antinatural/anormal”. A partir de esas operaciones discursivas, se establecen clasificaciones lingüísticas determinadas por relaciones de poder, y se construyen nociones normativas que incluyen/excluyen, valorizan/desvalorizan, naturalizan/desnaturalizan conductas humanas que no siempre han sido nombradas, clasificadas y valorizadas de la misma manera. Invisibilizar dichas operaciones discursivas permite crear la falsa impresión de que el producto de las mismas no es más que un hecho de la naturaleza, que siempre ha estado ahí a la vista de todos y no puede ser cambiado o discutido. Deconstruir ese discurso y ponerlo en evidencia es una forma de empezar a acabar con las raíces del prejuicio.

De todos modos, lo que debe importar a legisladores/as, miembros del poder político, y jueces y juezas no son los prejuicios irracionales de un sector de la sociedad, sino las normas antidiscriminatorias e igualitarias de la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales incorporados a la misma, así como las normas en su consecuencia dictadas.

Legisladores/as, miembros del poder público y jueces/zas no pueden usar sus atribuciones legales para oponerse a la existencia de relaciones privadas, adultas y consentidas, entre personas del mismo sexo, ni para poner trabas legales que impidan el acceso de las personas que constituyen dichas relaciones a los derechos reconocidos por la Constitución y los Tratados Internacionales incorporados a la misma, ya que, estarían creando categorías discriminatorias.

2. La situación de discriminación.

“No hay agresión ninguna al matrimonio ni a la familia en la posibilidad de que dos personas del mismo sexo se casen”, comentó José Luis Rodríguez Zapatero, Presidente del Gobierno Español, a días de sancionarse la ley que permitió la posibilidad de matrimonios entre personas del mismo sexo en su país. “Más bien, al contrario, lo que hay es un cauce para realizar la pretensión que tienen esas personas de ordenar sus vidas con arreglo a las normas y exigencias del matrimonio y de la familia. No hay una conculcación de la institución matrimonial, sino justamente lo opuesto: valoración y reconocimiento del matrimonio”.

El matrimonio no es una institución inocua, sino que tiene connotaciones prácticas innegables en el devenir cotidiano de la pareja, de las que, sin necesidad de ser exhaustivos, se pueden apuntar:

1. El derecho a los beneficios de la Seguridad Social: pensión de viudez, auxilio por defunción, asistencia sanitaria, etc.
2. En el ámbito del derecho civil, el derecho de habitación y el hereditario del/a cónyuge supérstite, todo el régimen jurídico de bienes y económico matrimonial, protección en caso de disolución de la pareja, el derecho de alimentos entre cónyuges de corresponder, etc.
3. Los derechos migratorios en el caso de los/as extranjeros/as que contrajeran matrimonio con ciudadano/a argentino/a.

Esta enumeración, en modo alguno taxativa, es realizada para dar una somera visión de todos aquellos derechos que le son vedados a las parejas del mismo sexo hoy en día.

Permitir que la legislación o su arbitraria aplicación establezcan una categorización diferenciada en la orientación sexual de las personas y otorgue a las parejas heterosexuales una la protección superior resulta discriminatorio. Éstas pueden elegir entre contraer matrimonio, unirse de hecho o unirse civilmente en los términos de la ley 1004 GCBA, aceptando que todas esas instituciones no son equiparables entre sí y que, por lo tanto, tienen efectos jurídicos distintos. Sin embargo, las parejas del mismo sexo no tienen la opción de elegir: sólo les queda la unión de hecho o la unión civil, limitada ésta al ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con la consiguiente desigualdad de derechos que ello conlleva.

A lo largo de la historia, las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans (en adelante LGBT) han sido segregadas, apartadas, estigmatizadas, torturadas y, muchas veces, condenadas a muerte. Y en muchos países lo siguen siendo. Los principios de libertad e igualdad son los que los han guiado durante todos estos años en el camino hacia el reconocimiento de su dignidad como seres humanos. Dignidad que conlleva, por imperativo constitucional, ser plenos y plenas en derechos y deberes.

La lucha por la igualdad formal y material no es distinta, en fundamentos y finalidad, a la que emprendieron, en su momento, realidades como la de la mujer o la de los grupos históricamente discriminados. También a ellas y a ellos se les negaban casi todos los derechos, incluida la posibilidad de contraer matrimonio en plenitud e igualdad, y, en algunos aspectos, en los hechos se los/as consideraba incapaces o se les negaba, incluso, el reconocimiento como personas. Recordemos que en muchos países estuvieron prohibidos los matrimonios llamados “interraciales”, con argumentos igualmente discriminatorios y antidemocráticos que los que hoy se utilizan para prohibir los matrimonios entre personas del mismo sexo.

Hoy, felizmente, nadie cuestiona –públicamente al menos– que por razón de sexo o de etnia pueda ser alguien discriminado; de lo que se trata, pues, es que tampoco lo sea por razón de su orientación sexual o por su identidad de género. Nadie debería sufrir la discriminación, que es un crimen que cuestiona nuestra humanidad y nuestra condición de miembros/as de una sociedad democrática.

Vivimos en una sociedad plural y diversa donde todas y todos debemos integrarnos con independencia de nuestro sexo, creencia, etnia, orientación sexual, identidad de género o cualquier otra condición social o personal.

De hecho, así lo entiende la sociedad en Argentina en este momento. A modo de ejemplo están los resultados de la encuesta realizada por la Consultora Analogías para el Diario Página 12 luego de la presentación del primer amparo por el derecho al matrimonio planteado por María Rachid, presidenta de la Federación Argentina LGBT y Claudia Castro, su pareja, presidenta de La Fulana (Centro Comunitario para mujeres lesbianas y bisexuales). Este zondeo indica que el 73% de los/as habitantes de la Ciudad y Gran Buenos Aires aceptaría el matrimonio entre homosexuales, el 67% acuerda con que se autorice a la pareja de mujeres que se presentaron en el Registro Civil para casarse, el 60% considera que legalizar la situación en pareja de homosexuales es un avance social y un 70% cree que ahora es el momento de estos cambios. Luego, cuando se pregunta por los derechos concretos de las parejas, la mayoría de las consultas arroja un grado de acuerdo superior al 80%.

Como diría el jurista Hans Kelsen, la búsqueda de la Justicia es la eterna búsqueda de la felicidad humana. La Justicia sería, pues, la búsqueda de la felicidad social. Nuestra actual Constitución Nacional no ha recogido tan brillante y poética declaración, pero sí impone a todos los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, imponiendo asimismo la remoción de todos los obstáculos que impidan o dificulten tal plenitud, tal como expresamente los constituyentes lo plasmaran en nuestro Preámbulo.

De esta forma las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans, siguen buscando su felicidad, que no es otra que la de toda la ciudadanía de nuestro país, una ciudadanía de la que nadie puede dudar que son parte integrante y a la que nuestra Constitución reconoce igual en derechos, incluyendo también a “todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino”.

Consideramos que a la luz de la Constitución Nacional y los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional no se puede sostener legislación ni reglamentación alguna que desconozca el principio de no discriminación, estableciendo limitaciones en el ejercicio de los derechos de la ciudadanía por su pertenencia a cierto grupo y/o minoría.

Esto en razón de que el art. 1 de la Ley N° 23.592 establece que *Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos.*

La previsión del citado artículo no es más que una derivación de lo prescripto por nuestra Constitución Nacional respecto de la igualdad ante la ley, en sus arts. 16 y 75, incs. 19, 22 y 23. Es precisamente el art. 75, inc. 22 el que otorga jerarquía constitucional a los instrumentos internacionales de derechos humanos allí enumerados, los cuales a su vez consagran el mencionado principio de igualdad y no discriminación en más de una oportunidad (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 2; Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 2, 7, 12, 21 y 26; Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 1, 11 y 24; Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, arts. 2, 3 y 26).

La **Corte Interamericana de Derechos Humanos** tiene dicho que las restricciones al ejercicio de los derechos deben estar justificadas por objetivos colectivos de tanta importancia que claramente pesen más que la necesidad social de garantizar el pleno ejercicio de los derechos garantizados por la Convención y que no sean más limitantes que lo estrictamente necesario. Por ejemplo, no es suficiente demostrar que la ley cumple con un objetivo útil y oportuno (Cfr. Opinión Comité Interamericano in re "Sra. X vs. Argentina" del 15 de octubre de 1996).

En tal sentido, la misma Corte sostuvo que de ninguna manera podrían invocarse el orden público o el bien común como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real (ver el artículo 29.a) de la Convención). Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las justas exigencias de una sociedad democrática que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención (Cfr. Ídem).

En el ámbito nacional, la jurisprudencia de la **Corte Suprema de Justicia de la Nación** ha delineado a través de los años ciertas pautas aplicables a casos de discriminación: a) la igualdad implica tratar del mismo modo a quienes se encuentran en iguales condiciones; b) de esto resulta la prohibición de aplicar excepciones o privilegios a algunas personas, excluyendo a otras que se encuentran en iguales situaciones; c) la regla de igualdad no es absoluta, ni obliga a no tener en cuenta la diversidad, sino que la prohibición está dirigida a evitar distinciones arbitrarias u hostiles; d) en consecuencia, el parámetro para determinar la presencia de igualdad es la razonabilidad (Cfr. GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *Ley Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable*, Ad-Hoc, Bs. As., 2003, p. 49).

Por ende, creemos que el impedimento a las personas gays, lesbianas y trans para contraer matrimonio no pueden ser consideradas como objetivas y razonables, toda vez que la única limitación válida al ejercicio de los derechos en cuestión es la ejecución de un daño directo, concreto e inmediato a los derechos fundamentales de terceras personas.

El principio de autonomía es ciertamente uno de las piedras fundantes del sistema de derechos individuales. Significa que –en el marco de nuestro sistema constitucional– no existen planes de vida aprobados por el Estado y todas aquellas conductas autorreferentes están protegidas por el bloque de constitucionalidad federal. Lo contrario implicaría adscribir a un Estado que pretende que hay “buenos” y “malos” planes de vida para sus ciudadanos/as y, que es entonces cuando hay que “homologar” los que se consideran “mejores” planes de vida para que lo lleven a la práctica sus individuos (Cfr. BASTERRA, Marcela, *¿Puede un Estado pluralista, no confesional, erigirse en “guardián” de la elección sexual de la parejas?*, Bs. As., La Ley 2003-E, 506).

En este sentido, el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI) viene sosteniendo que la denegación de los derechos que emanan del acceso al matrimonio implica una clara violación a los derechos humanos y particularmente al art. 1 de la Ley 23.592.

En efecto, el INADI tiene dicho que la negativa a otorgar pensión por fallecimiento a conviviente del mismo sexo resulta violatorio del principio de igualdad y no discriminación, toda vez que tal negativa se basa en la imposibilidad de configurarse el “aparente matrimonio” requerido por el art. 53 de la ley 24.241 entre dos

personas del mismo sexo, conforme lo previsiones legales del Código Civil de la Nación Argentina (dictámenes INADI N° 41/07 y N° 42/07).

Asimismo, este Instituto ha trabajado sobre este tema en conjunto con las organizaciones no gubernamentales que componen el Foro de la Sociedad Civil del INADI, que han sido consultadas para la elaboración del presente proyecto y han manifestado su consenso y aprobación sobre el mismo.

Al mismo tiempo, desde este Instituto se ha acompañado la presentación de los amparos judiciales presentados por la Federación Argentina de Lesbianas Gays Bisexuales y Trans en varias ciudades del país, solicitando se declare inconstitucional la interpretación que le deniega a las parejas del mismo sexo el acceso al matrimonio civil.

Volvemos a citar aquí al presidente español Rodríguez Zapatero, quien dijo en la sesión parlamentaria donde se aprobó la ley de modificación al Código Civil de ese país para legalizar los matrimonios entre personas del mismo sexo: “No estamos legislando para gentes remotas y extrañas. Estamos ampliando las oportunidades de felicidad para nuestros vecinos, compañeros de trabajo, amigos, familiares. Y a la vez, estamos construyendo un país más decente, porque una sociedad decente es aquella que no humilla a sus miembros”.

Se trata de aplicar –en los términos de Rawls– un pluralismo razonable que admita, en el marco de una sociedad democrática, la convivencia armónica de toda la ciudadanía.

3. Lugares comunes en el discurso que justifica la discriminación de las parejas del mismo sexo con relación al matrimonio.

3.1. Naturaleza.

Suele asegurarse que el matrimonio “proviene de la naturaleza” y, de acuerdo a la naturaleza, sólo podría darse entre un hombre y una mujer. Entendemos que es falso. El matrimonio es una construcción social, no nació de la naturaleza. Existe desde un determinado momento histórico y respondió a necesidades materiales relacionadas, por ejemplo, con la herencia, el ejercicio de la patria potestad del

pater familia y la transmisión del apellido. El amor estuvo ausente en ese origen y, hasta no hace mucho tiempo en términos históricos, el mundo occidental aceptaba los matrimonios arreglados y pagados mediante la dote, en los que la mujer *era más objeto que parte*.

La psicoanalista Silvia Bleichmar escribió hace unos años un artículo brillante donde lo explicaba claramente: “Si la vida humana se rigiera por la naturaleza todo sería más simple. (...) No sería necesaria la medicina, ya que la biología definiría quién vive y cómo, quién muere y cuándo. (...) Pero los seres humanos, partiendo de una estructura biológica de naturaleza, han trastocado totalmente las leyes de la misma. Y en virtud de ello habitan una cultura que los preserva, y al mismo tiempo los regula, mediante leyes que no son naturales ya que, a diferencia de estas últimas, se modifican constantemente, por el ritmo de cambio de las sociedades. (...) El hecho de que la llamada ‘naturaleza humana’ no se produzca sino en corte con la naturaleza biológicamente dispuesta hace que la sexualidad humana sea tan poco natural como para propiciar que los seres humanos se amen más allá de su supuesta determinación biológica, que se entremezclen y entrecrucen por el solo placer de estar juntos, de generar proyectos compartidos, de unirse para preservar no sólo a la cría que pueden engendrar sino a los múltiples hijos simbólicos a los cuales dan vida cotidianamente (...), deseen proteger al semejante amado aún después de la propia muerte y quieran conservar la fidelidad mediante un acuerdo absolutamente antinatural que llegue a sostenerse aun cuando la sexualidad decaiga”.

El matrimonio entre personas del mismo sexo no viene a crear una realidad sino a reconocerla. Las parejas convivientes del mismo sexo existen, porque la naturaleza de las personas que las construyen las lleva a sentir una atracción sexual y afectiva por personas de su mismo sexo.

Se dijo alguna vez en el editorial de un conocido matutino, como argumento para oponerse al matrimonio entre personas del mismo sexo, que “la ley no puede rectificar a la naturaleza, ni hacer que los hombres den a luz o las mujeres produzcan espermatozoides”. Dejando de lado lo que la ciencia y la reformulación del discurso de género en esa afirmación puedan decir, está claro que la ley tampoco puede hacer que dos hombres se amen o dejen de amarse, ni que dos mujeres se amen o dejen de amarse, ni que un hombre y una mujer se amen o dejen de amarse.

Las personas se desean y se aman más allá de lo que la ley permita o prohíba, y **eso es lo natural** en ellas: aquí y en la China, hoy como en la

antigua Grecia, lo natural en una persona homosexual es ser homosexual, así como lo natural en una persona heterosexual es ser heterosexual.

La ley, **invención humana que nada tiene de natural**, simplemente reconoce entidad jurídica a las uniones que las personas forman, las ampara y establece mecanismos de relación entre esas personas y el Estado a los efectos de garantizar ejercicio pleno de sus derechos.

3.2. El origen etimológico de la palabra matrimonio.

Se ha dicho, aquí y en otros lugares del mundo, que el matrimonio sólo puede darse entre un hombre y una mujer porque el origen etimológico de la palabra matrimonio (del latín, *matrimonium*) y su acepción en el diccionario de la RAE (“unión de hombre y mujer concertada mediante determinados ritos o formalidades legales”) así lo determinan.

Como veremos, se trata de una falacia.

Es verdad que el origen de la palabra matrimonio se encuentra en el latín, donde “*mater*”, como señalan quienes defienden esta postura, significa “madre”. Esto demostraría, dicen, el carácter heterosexual de la institución matrimonial, porque estaría destinada a la procreación. Olvidan sin embargo que el sufijo “monio” proviene del término latino “*monium*”, que significa gravamen. Señala el Dr. Augusto César Belluscio que “...su significación etimológica da idea, pues, de que las cargas más pesadas derivadas de la unión recaen sobre la madre” (Cfr. Belluscio, op. cit., Tomo I, pág. 141). Está claro que esa no es la concepción actual del matrimonio heterosexual, y tampoco debe serlo entonces del matrimonio en general, con independencia del sexo de los/as contrayentes. Podríamos recordar aquí también otra palabra similar, “patrimonio”, que viene de “*pater*”, porque era controlado exclusivamente por el hombre. También podemos citar “patria potestad”, que también viene de “*pater*”, porque era un atributo exclusivo del padre, pero en nuestro Código Civil actual la patria potestad es también un atributo de la madre.

Pero cabe aquí hacer una aclaración adicional. El significado de las palabras no se rige por la etimología. La etimología es, en todo caso, una de las fuentes que ayudan a entender su significado. En el campo de la lingüística, existe un proceso denominado “deslocamiento semántico” que es uno de los mecanismos por los cuales las palabras cambian de significado en una lengua con el paso del tiempo. Así, existen diferentes formas de deslocamiento semántico, por ejemplo:

a) la *extensión*, fenómeno por el cual el o los sentidos de un dado ítem lexical aumentan en número con el pasar del tiempo (“salario”, del latín “*salārium*”: pago en sal por el trabajo regular de un soldado – pago en cualquier especie por el trabajo regular de un soldado – pago en dinero por el trabajo de cualquier persona. Las tres definiciones citadas muestran una evolución histórica en la que se amplió el significado original, extendiéndose a situaciones no contempladas anteriormente);

b) el *desvío*, proceso por el cual un ítem lexical continúa existiendo, a pesar de que su significado se modifique, sin grandes cambios respecto a su campo semántico original (“artillery”, en inglés medio, “artillería”, utensillos y armas de guerra del piso, usados en aquella época, tales como catapultas, flechas, etc – utensillos modernos como tanques, cañones, ametralladoras, morteros, etc. La última acepción es la que se usa actualmente).

En el debate parlamentario de la ley de matrimonio entre personas del mismo sexo producido recientemente en España, surgió esta cuestión de la etimología de las palabras. En el diario de sesiones de la Cámara de Diputados de ese país encontramos una cita que nos parece interesante reproducir, ya que ratifica lo que venimos diciendo aquí. Lo dijo el ministro de Justicia del gobierno español, Dr. López Aguilar: “Se plantea una oposición etimológica, que pretende que las instituciones jurídicas son esclavas de las palabras que las definen y que trazando la genealogía de una palabra o su etimología podemos encerrar un concepto hasta el punto de hacerlo completamente inválido para su modificación por el legislador (...). Si eso fuera así, el salario tendría que seguir siendo una retribución en especie, en sal, y la patria potestad no sería accesible a las mujeres, porque la etimología es la que señala la filiación con el padre, no con la madre. La patria potestad hoy es perfectamente predicable de las mujeres porque no ha hecho falta cambiar la etimología de la palabra para introducir esa acuñación lexicológica que sería la *matria potestad*”.

Por su parte, el catedrático de la Universidad de Sevilla Jesús Palacios, escribió en un artículo para el diario *El País* que esta discusión revela “un problema menor y una hipocresía mayor”, ya que lo que a algunos les molesta no son los hechos, sino la forma en que se los llame.

Cuando en España se debatió la posibilidad de reconocer el derecho al voto a las mujeres, hubo sectores políticos que se opusieron en el debate legislativo de la norma porque “la propia palabra ‘voto’ es, esencialmente, masculina”, o “porque siempre ha sido así”. Dijeron, al final, “que se llame ‘derecho a la participación

política de la mujer', pero no derecho al voto". Hoy nadie suscribiría semejante barbaridad, como probablemente llegará un día en que nadie suscriba alguna de las barbaridades que se esgrimen para discriminar a las personas LGBT e impedirles ejercer el derecho al matrimonio.

3.3. El matrimonio siempre ha sido así.

El argumento contra el matrimonio entre personas del mismo sexo sería, en este caso, que el matrimonio siempre ha sido tal como es hoy, es decir, entre hombre y mujer.

Este argumento encierra una mentira y un razonamiento absurdo, falaz.

En primer lugar, como ya hemos explicado, la primera norma que prohíbe los matrimonios entre personas del mismo sexo es una ley del año 342, posterior a la adopción del cristianismo como religión oficial del Imperio Romano. Antes de ello, podían celebrarse los matrimonios entre personas del mismo sexo sin impedimento legal alguno. Además, esta ley no se aplicó estrictamente y siguieron realizándose uniones entre personas del mismo sexo durante mucho tiempo.

En segundo lugar, aún cuando lo anterior no fuese así, que algo haya sido siempre de una manera no significa que deba seguir siendo siempre de esa manera. Sería absurdo. Veamos algunos ejemplos para entenderlo:

a) Durante mucho tiempo, los matrimonios llamados "interraciales" estuvieron prohibidos en los Estados Unidos, como parte de la discriminación que sufrían las personas afrodescendientes. Sin embargo, un fallo de la Corte declaró inconstitucional esa prohibición y hoy las personas pueden casarse con independencia del color de su piel. Se trata de una situación análoga a la que venimos a presentar en el presente recurso;

b) Si nos vamos un poco más atrás en el tiempo, los esclavos no podían casarse, porque no eran libres. En nuestro país, la Asamblea del año XIII abolió la esclavitud, que sin embargo persistió durante mucho tiempo en menor cantidad. Luego, la Constitución de 1853 estableció que "En la Nación Argentina no hay esclavos: los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de esta Constitución; y una ley especial reglará las indemnizaciones a que dé lugar esta declaración. Todo contrato de compra y venta de personas es un crimen de que serán responsables los que

lo celebrasen, y el escribano o funcionario que lo autorice. Y los esclavos que de cualquier modo se introduzcan quedan libres por el solo hecho de pisar el territorio de la República”. Algo que antes existía y era considerado justo dejó de existir y pasó a ser considerado un crimen. Si nos rigiéramos por el razonamiento que explica que el matrimonio sólo puede darse entre un hombre y una mujer porque siempre fue así, deberíamos volver a la esclavitud, prohibir el matrimonio “interracial”, volver a Colonia, reinstaurar la monarquía... Deberíamos cerrar el Registro Civil, y que los matrimonios vuelvan a ser realizados por la Iglesia Católica. Claro, con ello también impediríamos que personas de otros credos gocen del estado de familia que se reclama por el presente;

c) Arnoldo Clancini, doctor en filosofía, explica en su libro “Sí, quiero – Historias y anécdotas del matrimonio en la Argentina” que en los primeros tiempos estaba prohibido que un/a católico/a se casara con alguien que no lo fuera. “Este impedimento fue planteado primeramente cuando un español o criollo quisiera unirse legalmente a una indígena que aún no hubiera recibido el bautismo. (...) Como estaba prohibido que pasaran a las Indias quienes fueran judíos o herejes, incluso cuando hubiera una sospecha de que se trataba sólo de quien tenía sangre de tales, no era de prever que el tema de la diferencia religiosa fuera algo inmediato. (...) A fines del siglo XVII, el promotor del obispado negó la licencia a un tal Antonio Guillermo, marino holandés, porque ‘sospechaba de la buena fe de sus devociones religiosas’ y el pobre hombre debió resignarse”.

Como podemos ver, el matrimonio no siempre fue como lo es hoy. Las instituciones cambian al ritmo que cambia la cultura y las concepciones que son dominantes en cada época. Hoy no hay esclavos, las personas afrodescendientes pueden casarse sin impedimento alguno, no existe “dote”, no hay impedimento alguno para el matrimonio entre personas de distinta religión o sin religión, el Estado cuenta con un Registro Civil y el matrimonio civil está separado del religioso, y la mujer puede elegir con quién se casa, entre otras cosas que han cambiado.

En todo el mundo, del mismo modo, está cambiando la situación de las parejas del mismo sexo. Como veremos más adelante, el concepto de matrimonio ha cambiado con relación a este punto y son muchos los países donde el matrimonio entre personas del mismo sexo es legal.

3.4. El matrimonio debe ser entre hombre y mujer porque su finalidad es la procreación.

Esta falacia está basada en principios canónicos tradicionales conforme a los cuales no sólo el matrimonio, sino todo encuentro sexual, debería encaminarse a la concepción. Si así fuera, debería instaurarse un examen de fertilidad previo al matrimonio como requisito del acto. No sólo eso, deberían prohibirse el matrimonio a las parejas heterosexuales que deciden por propia voluntad no tener hijos/as, y deberían anularse los matrimonios de las parejas heterosexuales que no los han tenido luego de cierto tiempo.

Es decir, el argumento de la procreación está lleno de falsedades. La finalidad del matrimonio civil no es la procreación, sino la protección de los derechos de las parejas que deciden contraerlo.

Existen otros argumentos, igualmente falaces, que podrían rebatirse sin demasiado esfuerzo. En el fondo, lo único que subyace es el prejuicio.

Sin embargo, no hay nada en nuestro ordenamiento jurídico que otorgue valor legal a esos argumentos ni a los prejuicios que los motivan. Ni la Constitución ni ley alguna dicen que el matrimonio tenga como único fin la procreación, ni que las instituciones sean esclavas de la etimología de las palabras que las nombran, ni que las cosas que fueron de cierta forma no puedan cambiar.

Por el contrario, como hemos visto, la Constitución Nacional y los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos son claros, y negar el derecho al matrimonio a las parejas del mismo sexo es –en nuestra opinión– inconstitucional.

4. La situación en el mundo.

La Constitución de Sudáfrica, país en el cual la mayoría de las personas sabe lo que la discriminación significa, establece que “El Estado no puede ejercer discriminación directa o indirecta hacia nadie por uno o más motivos incluyendo raza, género, sexo, embarazo, situación marital, origen étnico o social, color, orientación sexual, edad, discapacidad, religión, conciencia, creencia, cultura, lenguaje o nacimiento”.

La Corte Constitucional, en dos casos (Caso 60/04 Ministerio de Asuntos Internos de Sudáfrica y Dirección de Asuntos Internos vs. Marie Adriana Fourié y Cecilia Johann Bonthuys, y Caso 10/05 Proyecto de igualdad para gays y lesbianas y otros dieciocho patrocinantes vs. Ministerio de Asuntos Internos de

Sudáfrica, ingresado el 17 de mayo de 2005 y resuelto el 1° de diciembre de 2005) ha resuelto sobre la **inconstitucionalidad de la prohibición para contraer matrimonio a dos personas del mismo sexo.**

El fundamento principal del caso fue el **principio de no discriminación** incluido en la Constitución de Sudáfrica, con similar redacción al que existe en nuestra Constitución y en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos.

Lo que los jueces se preguntaron para arribar a una sentencia fue: *“¿Constituye la negativa a las litigantes, así como a otras parejas en la misma situación, a acceder al matrimonio una discriminación del Estado basada en su orientación sexual? Y si esto es así, ¿cuál es la forma más apropiada de remediarlo que puede ordenar esta Corte?”*

Los 5 jueces de la Corte concluyeron que la exclusión de las parejas de personas del mismo sexo de la definición de matrimonio de la “ley común” era discriminación hacia esas parejas. Las razones para llegar a esa conclusión se diferenciaron en distintos aspectos importantes, resultando en diversas formas de abordar el tema, pero en todos los casos la conclusión fue la inconstitucionalidad.

Entre los fundamentos del dictamen, firmado por el Juez Sachs J., encontramos los siguientes:

1. “La concepción legal de familia y qué constituye una familia puede cambiar con el cambio de las prácticas y las tradiciones familiares. Las parejas entre personas del mismo sexo han sostenido sus relaciones de una manera de acuerdo a su orientación sexual y esas relaciones no pueden estar sujetas a un trato discriminatorio; **las parejas de personas del mismo sexo son tan capaces como los esposos de expresar y compartir el amor en sus diferentes maneras.**”

2. “Ellos/ellas no son valorados con el mismo respeto con que cuentan y que es otorgado a los heterosexuales en sus relaciones. Esto niega a lesbianas y gays algo que es fundacional para nuestra Constitución y los conceptos de igualdad y dignidad. **Todas las personas tienen el mismo inherente valor y dignidad, por cualquier motivo u otras diferencias que existieran.**”

3. Agrega Sachs que **“la capacidad de optar por el matrimonio aumenta la libertad, la autonomía y la dignidad de una pareja.** Esto ofrece la opción de, anotando un estado honorable y profundo, dar reconocimiento social

y legal, protegido por muchos privilegios y asegurado por muchas obligaciones automáticas. También ofrece un lugar de resguardo social y legal para el amor y el compromiso”.

4. “El desarrollo legislativo”, explica el Juez, “ha reducido, pero no eliminado, las desventajas que las parejas del mismo sexo sufren. Mucho más profundo, **la definición exclusoria de matrimonio ofende a gays y lesbianas porque implica un juzgamiento sobre ellos. Sugiere no sólo que su compromiso, relación y obligación de amor es inferior, sino que ellos/ellas nunca podrán se parte de la comunidad con igualdad que la Constitución promete crear para todos.** Las demandantes no desean privar a nadie de derechos. Sólo quieren tener acceso para ellas mismas, sin ninguna limitación, como disfrutaban los otros.”

5. “La exclusión de las parejas de personas del mismo sexo de los beneficios y responsabilidades del matrimonio no es un inconveniente pequeño y tangencial resultante de unos pocas reliquias sobrevivientes de una sociedad prejuiciosa destinada a evaporarse como la bruma de la mañana. Representa una forma dura de decir indirectamente que las parejas de personas del mismo sexo son intrusas, y de alguna manera que esas parejas buscan protección y afirmación para sus relaciones íntimas en tanto seres humanos porque de alguna manera son menos que las parejas heterosexuales. **Esto refuerza la hiriente noción de que lesbianas y gays deben ser tratados como una rareza biológica, seres humanos fallados o erróneos que no se enmarcan en una sociedad normal y que no clasifican por tanto para recibir el completo reconocimiento y respeto que nuestra Constitución dice asegurar para todos.** Esto es una forma de decir que su capacidad de amar, comprometerse y aceptar responsabilidades es, por definición, menos loable de proteger que las de las parejas heterosexuales”.

6. “Debe ser notado que **el daño intangible a las parejas de personas del mismo sexo es más severo que las privaciones materiales.** Para comenzar, ellos no están autorizados a celebrar su compromiso con el otro jubilosamente en un evento público reconocido por la ley. Están obligados a vivir una vida en estado de vacío legal en el cual sus uniones quedan desmarcadas de las fiestas y de los presentes, de las conmemoraciones, de los aniversarios que celebramos en nuestra cultura. En algunos casos, como la tradición señala, muchas parejas de personas del mismo sexo viven de una forma en la cual ambas partes se someten a las normas heterosexuales. Otras pueden querer evitar lo que consideran la rutinización y comercialización de sus

relaciones más íntimas y personales, y de acuerdo con esto no buscan ni matrimonio ni ninguna forma análoga. De todos modos aquí no se habla de la decisión que se tome, sino de que las opciones estén disponibles. **Si una pareja heterosexual tiene la opción de casarse o no, entonces una pareja de personas del mismo sexo debe tener la misma opción para alcanzar el estatus y adquirir los derechos y responsabilidades a la par de aquellos que poseen los heterosexuales.** Si seguimos este razonamiento, teniendo en cuenta la importancia y centralidad que atribuyen nuestras sociedades al matrimonio y sus consecuencias en nuestra cultura, el negar este derecho a las parejas de personas del mismo sexo es negar el derecho a la autodefinición en una forma profunda”.

La Corte Constitucional falló que “La definición de matrimonio de la ley común es declarada incongruente con la Constitución e inválida por entender que no permite a las parejas de personas del mismo sexo disfrutar del status y los beneficios, junto con las responsabilidades que gozan las parejas heterosexuales” y emplazó por doce (12) meses al Congreso para que corrija el error en la ley.

Europa en general, Canadá y Estados Unidos han visto un desarrollo legislativo que ha ido desde la criminalización, estigmatización y condena de la homosexualidad, a través del castigo incluso con pena de muerte a quienes tuviesen relaciones con personas del mismo sexo, pasando por la intermedia des-criminalización, hasta una legalización de los matrimonios entre personas del mismo sexo en varios países. **Así es la tendencia internacional: otorgar derechos en donde no los había.**

Ya hacia 2003, Bélgica, Gales, Inglaterra y Suecia habían avanzado en cuanto a legislar sobre matrimonio y adopción por parejas del mismo sexo. El primer país en hacerlo fue Holanda, en diciembre de 2000. Coherentemente con la tradición holandesa de proteger este tipo de asuntos sociales, fue la Legislatura la que tomó este paso antes incluso que la Suprema Corte de Justicia. El ejemplo de Holanda influyó fuertemente a la Legislatura de su vecino más próximo, Bélgica, que adoptó una norma similar en 2003. España, que ha tomado muy fuertemente el tema de derechos humanos desde el retorno de la democracia en 1978 (luego de la muerte del dictador Franco en 1975), fue construyendo una serie de leyes que reconocían derechos de las parejas entre personas del mismo sexo a nivel regional, y garantizó igual acceso al matrimonio legal y la adopción conjunta en todo el país en julio de 2005. Hoy también es legal el matrimonio entre personas del mismo sexo en Canadá, Sudáfrica y el Reino

Unido, y existen proyectos legislativos de distinto alcance con posibilidades de ser aprobados en Cuba, Colombia, Chile y otros países.

Si observamos, en síntesis, la situación que existía hace sólo siete años, ningún país del mundo garantizaba igual acceso al matrimonio para parejas formadas por personas del mismo sexo. Pero la cantidad de países que han decidido garantizarlos, así como eliminar la mayor cantidad de formas de discriminación basadas en la orientación sexual e identidad de género, está creciendo, lenta pero sostenidamente. Y eso se debe, en gran parte, a una más fina y correcta interpretación de las constituciones nacionales y de los Tratados Internacionales incorporados a las mismas.

¿Por qué citamos lo que ocurre en otros países? Porque otro argumento recurrente de quienes discriminan a lesbianas, gays, bisexuales y trans es sostener que el concepto de familia y el concepto de matrimonio es, universalmente, la unión del hombre y la mujer. Sin embargo, en buena parte del mundo, existe un concepto de familia y de matrimonio más abarcativo, que incluye las relaciones entre un hombre y un hombre o entre una mujer y una mujer, incluyendo también a las personas trans.

Hay muchos tipos de familia. Por ello, allí donde la Constitución Nacional garantiza la protección a la familia, todas las familias tienen derecho a estar incluidas.

De esta forma, la jurisprudencia a nivel internacional, también va tomando en consideración la aparición de un tipo de discriminación que “no existía” (para legisladores/as y jueces/zas) en otra época, la discriminación por orientación sexual e identidad de género.

Es el argumento de la violación del principio de no discriminación el que ha hecho que recientemente los Tribunales Supremos del Estado de Ontario, en Canadá, y el de Massachussets (Hillary Goodrige y otros vs. Departamento de Salud Pública y otros), en los Estados Unidos de América, hayan **declarado inconstitucional la discriminación de las parejas homosexuales en el acceso al matrimonio**. Anteriormente ya lo hizo en el mismo sentido la Corte Suprema del Estado de Hawaii (Tribunal Constitucional del Estado) en 1997.

No podemos dejar de citar el primer fundamento de derecho de la reciente Sentencia de la Corte Suprema del Estado de Massachussets:

“El matrimonio es una institución social vital: el compromiso exclusivo de dos individuos entre sí, que nutre el amor y el apoyo mutuo, y que aporta

estabilidad a nuestra sociedad. Para aquellos que decidan casarse y para sus hijos, el matrimonio aporta abundantes beneficios a nivel social, financiero y legal. Por otro lado impone unas obligaciones a los mismos niveles. La cuestión que se nos plantea es si, de acuerdo con la Constitución de Massachussets, la Corte de Justicia puede denegar la protección, beneficios y obligaciones conferidos al Matrimonio Civil a dos individuos del mismo sexo que desean casarse. **Nosotros concluimos que no puede. La Constitución de Massachussets afirma la dignidad y la igualdad de todos los individuos, y prohíbe la creación de ciudadanos de segunda clase (...)**"

"Somos conscientes de que nuestra decisión marca un cambio en la historia de nuestra Ley matrimonial. Algunas personas de profundas convicciones religiosas, morales y éticas creen que el matrimonio debería estar limitado a la unión de un hombre y una mujer y que la conducta homosexual es inmoral. Otros, con iguales convicciones éticas, morales y religiosas creen que las parejas del mismo sexo se deben poder casar, y que las personas homosexuales deberían ser tratadas del mismo modo que sus vecinos heterosexuales. **Ningún punto de vista responde a la cuestión que se nos plantea. Nuestra obligación es definir la libertad de todos, no aplicar nuestro propio código moral**".

En Canadá, la Corte llegó a la conclusión por unanimidad, que bajo la sección 15 (1) de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades, parte de la Constitución Federal de Canadá, **la orientación sexual es una "causal análoga" de discriminación a las "causales enumeradas: raza, origen nacional o étnico, color, religión, sexo, edad o discapacidad mental o psíquica"**. La Corte también dictaminó por 5 votos contra 4 que otorgar beneficios sociales a parejas de personas de distinto sexo no casadas pero no hacerlo con parejas del mismo sexo **era, *prima facie*, discriminación basada en la orientación sexual por parte del gobierno** (Ver Robert Wintemute, "Discriminación contra parejas del mismo sexo": Sección 15(1) y 1 del caso: *Egan v. Canada*).

Asimismo, en 2003, la Corte de apelaciones de Ontario y la Corte de apelaciones de la Columbia Británica determinaron que **la tradicional definición del matrimonio como la unión entre personas de diferente sexo constituía una injustificable discriminación basada en la orientación sexual, contraria a la sección 15(1), que garantiza la igualdad**. De modo igual a la que podría leerse de una equivocada interpretación de la letra de la ley argentina.

5. Nuestra legislación.

La libertad y la igualdad son dos de los derechos reconocidos por la Constitución en sus artículos 14, 16, 18 y 19, así como por los instrumentos internacionales de derechos humanos equiparados a nuestra Carta Magna mediante el inciso 22 del art. 75 de dicho cuerpo normativo.

La libertad ya aparece en el mismo preámbulo como una pauta, como uno de los contenidos de la finalidad estatal al “asegurar los beneficios de la libertad”. Nótese que numerosos/as autores/as, al intentar determinar la función del Preámbulo, que no forma parte integrativa del texto constitucional, lo han validado como una declaración a cuya luz debe interpretarse dicho cuerpo normativo.

La igualdad implica que todos los hombres y mujeres tengan el mismo status en cuanto personas, aparejando el goce y ejercicio pleno de la totalidad de los derechos civiles.

Así como la libertad apareja el goce y el ejercicio pleno de los derechos civiles, la igualdad elimina las discriminaciones arbitrarias para ese goce y ejercicio. La igualdad importa razonabilidad y justicia en el trato a las personas. Ello de modo tal que el mismo Estado sea el que se encuentra obligado a remover los obstáculos de tipo social que limiten de hecho la libertad y la igualdad de todas las personas, remoción que, emergente de un orden social y económico justo, iguale en posibilidades a todos/as los/as ciudadanos/as.

En tanto por medio del art. 16 de la Constitución Nacional se consagra la igualdad ante la ley de todos/as los/as habitantes, a través del art. 14 de la Carta Magna esa igualdad se traduce en un reconocimiento de tipo uniforme a todos los derechos civiles de todos/as los/as habitantes nacionales o extranjeros/as, equiparación que surge prístina del artículo 20 de nuestra norma fundante.

Cuando el/la legislador/a crea la ley no puede oponerse a los derechos constitucionales de igualdad y libertad amparados en nuestra Carta Magna. Cuando los órganos de poder ejercen la función administrativa deben manejarse con la misma regla de no dar a unos/as lo que se niega a otros/as en igualdad de circunstancias, evitando discriminaciones arbitrarias.

Caso contrario, estaríamos estableciendo una discriminación entre ciudadanos/as de primera y de segunda categoría, otorgando

a los/as primeros/as el uso y goce plenos de los derechos constitucionalmente garantizados y a los/as segundos/as sólo de algunos de ellos.

5.1. El derecho a contraer matrimonio.

Todas las personas físicas, tanto nacionales como extranjeras, tienen el mismo derecho a contraer matrimonio según la Constitución Nacional. Es decir, existe válidamente el derecho a casarse y a no casarse. La primera opción es un acto voluntario a través del cual dos personas eligen a su cónyuge, descartando todas las formas que coaccionen esa unión de tipo libre, esa libertad protegida, y estableciendo a raíz de esa decisión consensuada y bilateral una sociedad conyugal sometida al imperio del Estado mediante las normas legales vigentes.

El Estado debe abstenerse de interferir en la libre decisión de los/as contrayentes que desean por mutuo acuerdo someterse a la legislación marital, siempre respetando las normas de orden público, que resultan ser en este caso únicamente los impedimentos taxativamente descriptos en el art. 166 del Código Civil, entre los que no se enumera ningún tipo de requisito relacionado a la orientación sexual de las personas que deciden casarse y, si lo hiciera, violentaría los derechos expresamente garantizados por la Constitución Nacional.

De esta forma, el matrimonio puede ser reglamentado por las leyes en tanto éstas no violen las pautas constitucionales de libertad e igualdad. En consecuencia, el Estado otorga un status distinto a esas personas que contraen matrimonio: adquieren ciertos derechos y obligaciones que ese nuevo estado de familia les otorga en las relaciones de tipo personal y patrimonial, pasando de tal modo a un estado especial que cuida la institución “familia”, formalizada ante el Estado mediante la celebración del matrimonio. Asimismo, la familia se encuentra protegida por el art. 14 bis CN *in fine* que establece “la protección integral de la familia y la defensa del bien de familia”, así como se encuentra particularmente protegida por varios instrumentos internacionales.

Por todo ello, la libertad e igualdad funcionan sólo si la persona puede elegir entre casarse y no casarse y **puede elegir de mutuo acuerdo con quién casarse.**

5.2. El derecho de asociación.

El impedimento para contraer matrimonio violenta el pleno goce del derecho de asociación de las personas gays, lesbianas y trans, expresamente contemplado en el art. 14 de la Constitución Nacional.

Ello así toda vez que una de las principales consecuencias de la celebración del matrimonio es la constitución de la sociedad conyugal, particular y distinta a cualesquiera otro tipo de asociación prevista por la normativa vigente, caracterizada por la comunidad de los bienes que en adelante se adquieran, con fundamento en la protección de la familia, esto es, la asistencia recíproca de los/as cónyuges.

Esta distinción, lejos de ser casual, tiene raigambre en el derecho romano y ha sido preservada hasta nuestros días por fundamentos que, lejos de ser caprichosos, hacen a la propia naturaleza del vínculo marital.

Así, corresponde recordar lo ya explicado por Germán Bidart Campos, por cuanto refiriera “...el derecho ‘de la’ asociación implica reconocerle a esta un status jurídico y una zona de libertad jurídicamente relevante en la que no se produzcan interferencias arbitrarias del estado” (Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Tomo I, Ed. Ediar, p. 292, Año 1992).

De esta forma, explica el Dr. Augusto César Belluscio que “La celebración del matrimonio determina la existencia de diversas situaciones particulares de orden patrimonial, tanto en las relaciones entre los cónyuges como en la de ellos con terceros, las cuales requieren alguna regulación legal...comprenden esencialmente la regulación de la propiedad y administración de los bienes aportados por los cónyuges al contraer matrimonio y de los adquiridos con posterioridad, de la contribución al sustento de la familia, y de la medida de la responsabilidad de los esposos por las obligaciones contraídas en favor de terceros” (Manual de Derecho de Familia, Tomo II, 5ta. Edición Actualizada, Año 1987, Ed. Desalma).

6. Los instrumentos internacionales.

A partir de la reforma de nuestra Constitución Nacional en el año 1994, se ha dispuesto otorgar en su art. 75 inc. 22 a los Instrumentos Internacionales que a continuación se detallan gozan de jerarquía constitucional. Como ya se ha

mencionado, la mayoría de ellos incluyen normas contra cualquier tipo de discriminación. Al mismo tiempo, algunos de estos tratados hacen explícita referencia a la familia y al matrimonio.

a) Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre

Este instrumento garantiza el derecho de todas las personas a constituir una familia, pero no hace ninguna mención al sexo de las personas que gozan de tal prerrogativa. En ningún lugar de la Declaración se hace referencia alguna a que el matrimonio o la familia deban constituirse necesariamente por la unión de un hombre *con* una mujer, sino que se habla de “personas”. Al hablarse de “familia” y “personas”, se habilita que esa familia se encuentre formada por dos personas del mismo sexo.

Así, dice en su artículo VI que: “Toda *persona* tiene derecho a constituir *familia*, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella”, y en su artículo II dice que: “Todas las *personas* son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta Declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo **ni otra alguna.**”

Es decir, cualquier disposición legal o administrativa que prohibiese, restringiese o impidiese a cualquier persona contraer matrimonio, cualquiera fuera su sexo, orientación sexual o identidad de género, violaría expresamente la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

b) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

En este Tratado también se hace mención a la familia, de la siguiente forma: “Se debe conceder a la *familia*, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, *especialmente para su constitución* y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El *matrimonio* debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros *cónyuges*”.

Tampoco en este Tratado se hace mención alguna al sexo de los contrayentes, sino que habla nuevamente de “familia” y de “cónyuges” sin

distinción de ningún tipo: no importan el sexo, la identidad de género ni la orientación sexual.

Dice el Tratado en su art. 2 acerca de la discriminación que: “los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, *sin discriminación alguna* por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento **o cualquier otra condición social**”.

Es decir, cualquier disposición legal o administrativa que prohibiese o impidiese contraer matrimonio a las parejas conformadas por personas del mismo sexo violaría expresamente el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

c) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Dice el Pacto en su art. 2: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a *todos los individuos* que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, *sin distinción alguna* de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o **cualquier otra condición social**”. Y continúa diciendo que “cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para *hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter*”.

En relación al tema familia y matrimonio, el Pacto, en su art. 23, dice que “la *familia* es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”. Además, que “se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello”. También que “el matrimonio no podrá celebrarse sin el *libre* y pleno consentimiento de *los contrayentes*”.

Merece especial atención el punto 2 del art. 23, ya que queda por demás claro que el derecho que se reconoce es, como dice textualmente, “el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia”. Un

correcto análisis semántico-sintáctico nos muestra que, en el sujeto de la oración, “el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello”, hay dos modificadores indirectos independientes cumpliendo una función adjetiva (“del hombre” y “de la mujer”), unidos por una conjunción copulativa que los coordina, y que ambos modifican al sustantivo “derecho”, núcleo del sujeto. Es decir, la oración podría desagregarse en dos oraciones y decirse: “se reconoce el derecho del hombre a contraer matrimonio y fundar una familia...” y “se reconoce el derecho de la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia...”. No dice “el derecho del hombre a contraer matrimonio *con* la mujer” sino que reconoce el derecho que tienen tanto el hombre como la mujer a contraer legítimamente matrimonio. No hay absolutamente nada en dicho texto que permita suponer que el derecho del hombre y el derecho de la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia estén limitados por la obligación de ser ejercidos de manera conjunta y recíproca, es decir, contrayendo matrimonio entre ellos.

La única limitación establecida por el Pacto al derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio es que deben “*tener edad para ello*”. Por otra parte, el consentimiento de “los contrayentes” debe ser “libre”, es decir, son los contrayentes quienes deciden con quién contraer matrimonio, y no el Estado el que elige por ellos.

La interpretación correcta del texto de dicho artículo es, entonces, que todas las personas, hombres o mujeres, tienen derecho a contraer matrimonio siempre que tengan edad para ello, dando su libre consentimiento, sin importar el sexo, la identidad de género ni la orientación sexual de cada uno de los contrayentes.

Es decir, **cualquier disposición legal o administrativa que prohibiese contraer matrimonio a las parejas del mismo sexo violaría expresamente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.**

d) Convención Americana de Derechos Humanos

Esta Convención establece en su art. 1: “Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su *libre y pleno* ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, *sin discriminación alguna* por motivos de raza, color, **sexo**, idioma, religión,

opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento **o cualquier otra condición social**".

En relación al tema familia, protege a la misma diciendo en su art. 17 que "la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado", y que "**se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello** por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al *principio de no discriminación* establecido en esta Convención. El matrimonio no puede celebrarse sin el *libre* y pleno consentimiento de *los contrayentes*. Los Estados partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la *igualdad de derechos* y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los *cónyuges* en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo".

Nuevamente, se habla del derecho "del hombre y la mujer", sin ninguna cláusula que obligue al ejercicio conjunto y recíproco del mismo, y la única condición que se establece para contraer matrimonio es "tener la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas". Además, y esto es muy importante, se establece que dichas "condiciones" establecidas por las leyes internas no pueden afectar "el principio de no discriminación" antes citado (art. 1).

Es decir, **cualquier disposición legal o administrativa que prohibiese contraer matrimonio a las parejas del mismo sexo violaría expresamente la Convención Americana de Derechos Humanos.**

e) Declaración Universal de Derechos Humanos

Esta Declaración, pilar universal de los Derechos Humanos, también pone coto a todo intento de discriminación en su articulado. Así, en su art. 2 establece que "*toda persona* tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, *sin distinción alguna* de raza, color, **sexo**, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento **o cualquier otra condición**".

En su art. 7, establece que "**todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley.** Todos tienen derecho a igual *protección contra toda discriminación* que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación".

En relación al matrimonio, su art. 16 establece que **“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”. Es decir que establece derechos para que los hombres y para que las mujeres puedan casarse. Nuevamente, el artículo no habla de hombres “con” mujeres, sino del derecho de los hombres “y” las mujeres. Además, es claro al establecer que sólo mediante el *libre* y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio. No habla sino de “esposos”, sin distinción de género (se utiliza por convención el género masculino para un sustantivo plural que puede referirse a un conjunto con miembros de ambos géneros o del género masculino: el conjunto de todos los posibles pares de esposos, que pueden ser dos hombres, dos mujeres o un hombre y una mujer. Se trata de lenguaje sexista, pero lo importante es lo que significa en la lengua de uso, que cualquier hablante del español entendería).

Es decir, **cualquier disposición legal o administrativa que prohibiese o impidiese contraer matrimonio a las parejas del mismo sexo violaría expresamente la Declaración Universal de Derechos Humanos.**

f) Altas Autoridades de Derechos Humanos del MERCOSUR

En una declaración de las Altas Autoridades de Derechos Humanos del MERCOSUR (Montevideo, Uruguay, 7 de Agosto 2007), nuestro país se comprometió a trabajar para generar leyes que garanticen a las personas LGBT y sus familias, la misma protección y derechos que los Estados le reconocen a la familia heterosexual, a través de la creación de instituciones jurídicas como la sociedad de convivencia, unión concubinaria, pacto de unión civil o la equiparación del acceso al matrimonio para las parejas del mismo sexo.

g) Red Iberoamericana de Organismos y Organizaciones contra la Discriminación

La Red Iberoamericana de Organismos y Organizaciones contra la Discriminación, de la que nuestro país es parte, expresa en su declaración constitutiva (Septiembre 2007): “Condenamos las prácticas discriminatorias sustentadas

en el racismo y/o prejuicios culturales por motivos de origen étnico o nacional, género, embarazo, edad, discapacidad, condición social, económica o de salud, aspecto físico, lengua, religión, creencias, opiniones políticas, **orientación sexual, identidad y expresión de sexo-género**, y estado civil. Estas formas de discriminación son una de las causas fundamentales de la fragmentación y exclusión sociales.”

7. Consideraciones finales.

En la elaboración de este proyecto nos encontramos con varios artículos discriminatorios, algunos de los cuales estamos proponiendo modificar en este mismo proyecto. Tal es el caso, por ejemplo, del inc. 5 del art. 166, que establece edades diferentes para que varones y mujeres podamos contraer matrimonio, o el inc. 9 del mismo artículo, que establece como impedimento para el matrimonio a la “sordomudez cuando el contrayente afectado no sabe manifestar su voluntad en forma inequívoca por escrito o de otra manera.”

Sin embargo, estas modificaciones nos son suficientes, ya que se presenta como necesario realizar un serio y exhaustivo análisis del Código Civil para eliminar de su articulado todo tipo de cláusulas y lenguaje discriminatorio. De la misma manera proponemos, en el art. 3, se realice una adaptación de la redacción del Código para que su formulación contemple la realidad regulada a través de este proyecto.

Finalmente, y por todo lo expuesto, solicitamos la aprobación de la presente ley por entender que ella contribuye a la construcción de una sociedad libre e igualitaria en derechos. Restringir el acceso al matrimonio a las parejas del mismo sexo no sólo limita sus derechos como ciudadanas/os, sino que los/as ubica en un lugar de desigualdad social que fundamenta las situaciones más violentas de discriminación que aún hoy viven algunos/as argentinos y argentinas.

*EL SENADO Y CAMARA DE DIPUTADOS
DE LA NACIÓN ARGENTINA, REUNIDOS EN CONGRESO, ...
SANCIONAN CON FUERZA DE
LEY...*

LEY DE MATRIMONIO PARA TODOS Y TODAS

ARTÍCULO 1º.- Modifíquense los artículos 166, incisos 5 y 9, 168 y 169 del Código Civil que quedarán redactados de la siguiente manera:

"Artículo 166. – (...)

5. Tener menos de dieciocho años, alguna de las personas que contraen matrimonio;

(...)

9. Cuando alguna de las personas que contraigan matrimonio no pueda manifestar su voluntad en forma inequívoca de ninguna manera".

"Artículo 168.– Las personas a partir de los 18 años no requerirán autorización alguna para contraer matrimonio. Las personas menores de tal edad, no podrán casarse entre sí ni con otra persona sin el asentimiento de sus representantes legales o, en su defecto, sin autorización judicial".

"Artículo 169.– En caso de haber negado el asentimiento alguno/a de sus representantes legales, y que las personas menores de 18 años solicitaran autorización judicial, quien se haya opuesto deberá fundar su negativa".

ARTÍCULO 2º.- Modifíquense el artículo 172 del Código Civil que quedará redactado de la siguiente manera:

"Artículo 172.– Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por cada una de las personas que contraen matrimonio ante la autoridad competente para celebrarlo. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de cuál sea el sexo de las personas que lo contraen. 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".

ARTÍCULO 3º.- Todas las referencias a la institución del matrimonio que contiene nuestro ordenamiento jurídico se entenderán aplicables tanto al matrimonio constituido por dos personas del mismo sexo como al constituido por dos personas de distinto sexo. Adáptese la redacción del Código Civil de la Nación en este sentido.

ARTÍCULO 4º.- Comuníquese al Poder Ejecutivo.