

Título: El reconocimiento del matrimonio entre personas de igual sexo

Autor: Medina, Graciela

Publicado en: DFyP 2010 (enero-febrero), 01/01/2010, 15

Cita: TR LALEY AR/DOC/4614/2009

Sumario: 1. Introducción y límites. 2. Concepto y efectos del matrimonio. 3. Estado matrimonial y personas de igual sexo.

"El estado de casado no puede ser atribuido por sentencia a dos personas de igual sexo ya que los efectos jurídicos derivados del estado familiar matrimonial son consecuencia de la diversidad de sexo y no pueden aplicarse a las personas de igual género sin modificarlas."

1. Introducción y límites

Las sociedades en todo el mundo sufren una constante evolución, el estilo de vida de las personas difiere mucho de la que tenían las generaciones anteriores, lo que influye directamente sobre el derecho de familia, que se ve bombardeado por realidades convivenciales a las que no puede dar respuesta desde las concepciones tradicionales.

Las uniones permanentes de personas del mismo sexo es una de las realidades que mas ha impactado al derecho de familia en los últimos 20 años, término este en que se advierte un claro aumento de su reconocimiento jurídico el cual se produce de muy variadas formas en los diferentes países, mientras algunos admiten el matrimonio gay, otros regulan estas uniones de forma independiente concediéndole a partir de su registración un estado civil distinto al matrimonial pero con efectos similares al del matrimonio, otros se limitan a reconocer efectos a las uniones convivenciales de personas de igual sexo registradas, en algunos casos en el ámbito nacional en otros casos en jurisdicción local y los mas no legislan sobre el tema.

En Argentina no existe una ley nacional, ni una jurisprudencia uniforme que de respuestas a los diversos interrogantes que plantean las parejas del mismo sexo.

Las uniones cohabitacionales solo han sido objeto de reconocimiento en legislaciones locales que no otorgan estado civil, (1) en normas nacionales sin jerarquía de ley (2) y en soluciones jurisprudenciales puntuales sobre temas relativos a daños y perjuicios, pensiones, obras sociales y régimen de guarda o tenencia de menores.

En el año 2005 la Comunidad Homosexual Argentina presentó al Congreso un proyecto de ley sobre Unión Civil y en el año 2009 se presentaron dos proyectos de ley sobre matrimonio homosexual; ninguno ha tenido cabal tratamiento ni en la Cámara de Senadores, ni en la Cámara de Diputados de la Nación.

El legislador resulta moroso en dictar una regulación de la unión homosexual, y como consecuencia de esta demora los jueces se ven obligados a definir conflictos sin contar con los elementos legales necesarios, dictados por el órgano encargado de legislar, según las pautas republicanas.

Al carecer el estado de normas que regulen la innegable realidad de las parejas en las cuales ambos miembros tienen un sexo en común, las respuestas que dan los jueces a los problemas planteados son parciales, limitadas al problema puntual, subjetivas, distintas de tribunal en tribunal; situación que genera injusticia, inseguridad, e inequidad por la alta de uniformidad en las soluciones y por la carencia de perspectiva general de la situación.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación también se encuentra en mora en el dictado de una resolución que uniforme criterios quien hace meses tiene para resolver dos causas en las que se discute la constitucionalidad de la ley de matrimonio civil que impide el matrimonio entre personas de igual sexo.

El fallo que declara la inconstitucionalidad de los artículos 178 y 188 del código Civil y ordena a las autoridades del registro Civil y Capacidad de las personas, que celebren el matrimonio de los señores Alejandro Freyre y José María Di Bello dictado por un juez que carece de competencias civiles y familiares en el ámbito del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, contribuye a la inseguridad antes referida. (3)

Situación que se agrava por la decisión del gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de no apelar la sentencia en cuestión, lo que conlleva a que esta no pueda ser revisada por los tribunales superiores naturales e impide a la Corte Suprema de la Nación a casarla y uniformar la jurisprudencia.

La cuestión empeoró por los planteos de nulidad planteados por particulares en diferentes jurisdicciones, que con una dudosa legitimación cuestionaron la eficacia de una sentencia firme ante Tribunales nacionales, quienes en algunos casos ordenaron cautelarmente suspender la decisión pasada en autoridad de cosa juzgada mientras que en otros fallos consideraron que esta debía acatarse. Situación que llena de zozobra a los operadores jurídicos. (4)

El análisis del fallo que generó el aquelarre jurisprudencial actual puede ser llevado a cabo desde diferentes ópticas. Se puede examinar la competencia del Tribunal para dictar la resolución; la cuestión es dudosa y no nos vamos a detener en ella, porque aun cuando fuere incompetente, siempre quedaría pendiente el tema de fondo. También se puede analizar si los fundamentos dados por el fallo para declarar la inconstitucionalidad son atinados, y en este sentido estudiar si la prohibición del matrimonio de dos personas igual género, viola el derecho a la igualdad o si por el contrario no es una diferenciación arbitraria. Como este tema ya lo hemos tratado ampliamente en el libro "Los homosexuales y el derecho a casarse" no vamos a adentrarnos en él, para no repetir conceptos. Vamos a limitar el estudio de la cuestión a los efectos que surgen del estado matrimonial, efectos que evidentemente tienen relación con la heterosexualidad, para determinar si estos efectos se le pueden aplicar a las uniones homosexuales o si por el contrario por la igualdad de sexos no se les puede aplicar; con lo cual para dar cabida a las parejas homosexuales hay que reformar el estado matrimonial o en su defecto crear un régimen especial para satisfacer las necesidades de quien tiene preferencias sexuales diferentes a las de la mayoría heterosexual.

2. Concepto y efectos del matrimonio.

Para definir el matrimonio hay que distinguir el matrimonio acto o fuente y el matrimonio estado, el primero es la acción de celebración del casamiento (acto constitutivo del estado de cónyuges), mientras que el segundo es la condición y situación que surge de su realización, reflejado en un conjunto de derechos y deberes que el legislador determina. [\(5\)](#)

Del estado matrimonial derivan consecuencias personales y patrimoniales para las partes. Señalaremos algunas de ellas que tienen directa relación con la diversidad de sexos en el matrimonio.

- a. Uso del nombre marital.
- b. Uso del apellido marital por los hijos.
- c. Prioridad de la madre para ejercer la tenencia de los hijos menores de 5 años.
- d. La presunción de paternidad de los hijos nacidos dentro del matrimonio.
- e. Los términos para impugnar la paternidad.
- f. Los legitimados para impugnar la paternidad.

A continuación vamos a determinar si la unión de dos personas del mismo sexo es compatible con el estado civil matrimonial teniendo en cuenta los derechos deberes que de él se derivan.

3. Estado matrimonial y personas de igual sexo

El matrimonio es mas que el acto de su celebración, ya que otorga el estado civil de casados, del cual se derivan consecuencias que están impuestas en normas imperativas. Las cual examinaremos.

a. Régimen del nombre de las personas casadas.

Corresponde dilucidar qué va a pasar con el "nombre" en el supuesto del matrimonio homosexual. Cabe recordar que el artículo 8° de la ley 18248 (Adla, XXIX-B, 1420), faculta a la mujer a añadir a su apellido el del marido precedido por la preposición de [\(6\)](#)

Creemos que si los dos miembros de la pareja son del mismo sexo ningún contrayente podría utilizar el apellido del otro unido con la partícula de, tal como ocurre en el supuesto de la mujer casada, salvo que un nuevo fallo del juez interviniente afirmase que la ley de nombre también es inconstitucional, con iguales fundamentos a los sostenidos en el fallo y ordenara al registro civil la anotación del nombre matrimonial.

Razonamiento que nos convence que la solución a la cuestión del derecho de las parejas de igual sexo casarse no puede venir por vía jurisprudencial sino que requiere de una solución general diseñada por el órgano legislativo.

b. Apellido de los hijos.

En el régimen argentino los hijos llevan el apellido del padre, tanto en el caso de los hijos matrimoniales como en el supuesto de los hijos adoptivos.

En el supuesto en que la pareja de dos hombres tenga hijos adoptivos, ya que naturalmente no podrían tener hijos propios, no parece que existiera razón alguna para preferir el apellido de uno u otro de los miembros de la unión. Y no se nos ocurre otra solución que requerir la decisión judicial para dirimir la cuestión. Esto reafirma nuestro convencimiento acerca de que la institución matrimonial fue diseñada para una pareja de distinto sexo y que se fuerza su sentido si se pretende hacer ingresar en ella a parejas de igual sexo.

c. La presunción de paternidad de los hijos nacidos dentro del matrimonio

Otra cuestión preocupante es el tema de los hijos. De conformidad al régimen matrimonial, los hijos nacidos durante el matrimonio son matrimoniales y se imponen las presunciones de paternidad. Presunciones que en el caso de dos personas de igual sexo no podrán lógicamente aplicarse ya que si por ejemplo después de celebrado la unión entre los dos hombres, uno de ellos tiene un hijo en principio nos parece que no se le aplican las presunciones ni de paternidad, ni de maternidad al otro, aun cuando el hijo hubiera nacido durante el matrimonio y tuviera por progenitor biológico a su cónyuge.

Vemos nuevamente como el casamiento en la Argentina es una Institución pensada para un hombre y una mujer, y que cuando se permite su celebración a personas del mismo sexo no se pueden aplicar sin mas todos los principios que lo fundamentan, ni los efectos que derivan del estado civil de casados, efectos que naturalmente pueden ser modificados pero entonces lo que hay que modificar es el estatuto matrimonial y crear uno diferente que albergue la familia homosexual, ya que el diseñado para la pareja heterosexual no les puede ser aplicable sin modificaciones.

d. Prioridad de la madre para ejercer la tenencia de los hijos menores de 5 años.

Nuestro ordenamiento establece una preferencia en el otorgamiento de la tenencia a favor de la madre, (7) en el caso de separación los hijos menores de 5 años quedarán a cargo de la madre.

Si una pareja del mismo sexo adopta un niño y se separa antes de los cinco años del menor, no se aplicaría la preferencia dada por el artículo 206 del código civil ya que no se puede decir que alguno de los adoptantes sea madre.

e. Licencia por maternidad

Si hipotéticamente la pareja adoptara un hijo y alguno de ellos solicitara licencia por maternidad, sería posible la denegatoria porque ninguno de los adoptantes sería madre, no obstante resulta evidente que el interés del niño requiere que en sus primeros meses alguien se ocupe de él.

f. La impugnación de la paternidad.

Cabe preguntarse quien estaría legitimado para impugnar la paternidad si durante la vigencia del matrimonio uno de los cónyuges homosexuales tiene un hijo.

El artículo 258 del Código Civil establece que el marido puede impugnar la paternidad de los hijos nacidos dentro del matrimonio, pero resulta contrario a los principios que fundamentan las acciones de filiación pensar que el esposo homosexual pueda impugnar la paternidad de los hijos de su consorte nacidos dentro del matrimonio, al menos en su condición de cónyuge.

Sin embargo a nuestro juicio sí podría hacerlo en su condición de heredero a la muerte del padre, más no le serían aplicables los plazos de caducidad establecidos por el artículo 159 del Código Civil.

Esta nueva hipótesis sumada a las anteriores nos convence de que el estado de casado no puede ser atribuido por sentencia a dos personas de igual sexo ya que los efectos jurídicos derivados del estado familiar matrimonial son consecuencia de la diversidad de sexo y no pueden aplicarse a las personas de igual género sin modificarlas.

(1) Ley de la Ciudad de Buenos Aires N° 1004, Sanción: 12/12/2002, Promulgación: Decreto N° 63 del 17/01/2003, Publicación: BOCBA N° 1617 del 27/01/2003.

(2) La Administración Nacional de la Seguridad Social emitió la resolución 671/2008 —publicada en el Boletín Oficial del 27/8/2008—, mediante la cual en su art. 1° preceptúa: "Declárese a los convivientes del mismo sexo incluidos en los alcances del artículo 53 de la Ley N° 24.241 (Adla, LIII-D, 4135), como parientes con derecho a pensión por fallecimiento del jubilado, del beneficiario de retiro por invalidez, o del afiliado en actividad del Régimen Previsional Público, o del Régimen de Capitalización, que acrediten derecho a percibir el componente público. A tal efecto, la convivencia mencionada se acreditará según los medios probatorios que establece el Decreto N° 1290/94 (Adla, LIV-C, 3282) para los casos en que el causante se encontrare a su deceso comprendido en dicho régimen" (SOLARI, Néstor E.).

(3) Sentencia en autos "Freyre Alejandro c- CGBA - sobre amparo (expte. n° 34.292/09)" Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario n° 15 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de fecha 10 de noviembre del 2009.

(4) Sentencia del 30 de noviembre del 2009 dictada por la Juez Nacional con competencia en Familia Dra. María Gomez Alsina que ordenó suspender en forma provisoria la celebración el matrimonio de Alejandro Freyre y Jose María Di Bello. Sentencia del Tribunal que rechazó in limine el planteamiento de nulidad y la precautoria. Fallo de CNCIV - SALA E - 30/11/2009 R. 544.737 - "A., P. J. M. c. F., A. c. G.C.B.A. s/amparo (ART. 14 CCABA) y otro s/nulidad". Revocar la resolución que rechazaba el planteo de nulidad y la medida precautoria, disponiendo la suspensión de la celebración del matrimonio entre los Sres. A.F. y J.M.D.B., hasta

tanto recaiga pronunciamiento definitivo en estas actuaciones.

(5) Conf. Belluscio, Augusto " Manual de Derecho de Familia" T I - Desalma- ed. 1987, p. 142.

(6) El sistema seguido por la Ley de Matrimonio Civil por un lado respeta nuestra costumbre de adicionar el apellido del marido precedido de la partícula "de" y por otro lado consagra la igualdad de los cónyuges al permitir que la mujer siga usando el apellido de soltera.

De todos modos debe señalarse que nuestro nuevo régimen no se ha visto seducido por los sistemas más modernos que contemplan la incorporación del "nombre de familia".

En los países del Este europeo, especialmente en los del área oriental, se reconoce por lo general a los contrayentes la facultad de determinar el apellido que han de utilizar durante el matrimonio, pudiendo optar por la conservación de su propio apellido, por adoptar ambos el apellido del marido, o el apellido de la esposa o bien formar un apellido compuesto uniendo el de ambos, o adoptar el apellido de un tercero. Se inscriben en este sistema Rusia, Rumania, Bulgaria, la ex Alemania Oriental, Albania, Polonia, Yugoslavia.

(7) La preferencia en la entrega de la tenencia de los menores de cinco años a la madre puede ser dejada de lado cuando contravenga el interés superior del menor.