

"R., M. de la C. c/ Registro Nacional de Estado y Capacidad de las Personas"

S.C. R. N° 90; L. XLIV

Suprema Corte:

—|—

En autos se impugna la decisión del Registro Nacional de Estado Civil y Capacidad de las Personas, que, con fundamento en la coincidencia del sexo de ambas peticionarias, rehusó fijar fecha para la celebración de su matrimonio. En este orden, la acción tiene por objeto la declaración de inconstitucionalidad de dicho acto administrativo, de los arts. 172, 188 y concordantes del Código Civil, y de toda otra norma inferior dictada en el mismo sentido.

A fs. 204/207 del principal (a cuya foliatura me referiré en adelante, salvo aclaración en contrario), la Sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, confirma el pronunciamiento que desestimó el amparo incoado en autos.

En lo sustancial, la sentencia comienza por ponderar que las leyes no suelen contener un concepto de matrimonio, puesto que tal definición sería innecesaria al sobreentenderse que el derecho positivo recoge la realidad aceptada universalmente, que es la unión intersexual.

Refieren los jueces que la cohabitación estable de homosexuales corresponde a la esfera personal de intimidad de cada uno, amparada por el principio de reserva consagrado en el art. 19 de la Constitución Nacional, pero el matrimonio trasciende ese ámbito, pues apunta a la organización social. Con ello, dicen, la negativa a considerar como matrimonio a las uniones homosexuales supera la perspectiva exclusivamente sexual.

Identifican la cuestión a resolver, preguntándose si la exigencia legal relativa a la heterosexualidad responde a políticas discriminatorias en perjuicio de los homosexuales, por el solo hecho de serlo, y se inclinan por la negativa.

Para así hacerlo, interpretan que la ley no distingue *a priori*, porque la orientación sexual no forma parte de los requisitos para casarse, de modo que heterosexuales y homosexuales gozan de la misma aptitud nupcial. Lo que el

homosexual no puede hacer es contraer matrimonio con alguien que sea de su mismo sexo.

Con cita de precedentes de esa Corte, señalan que la verdadera igualdad consiste en juzgar según las diferencias, por lo que la legislación puede contemplar en forma distinta situaciones que considere dispares; salvo que la distinción sea arbitraria, o provenga de un propósito de hostigamiento contra determinados individuos o clases, o encierre un indebido favor o privilegio personal o de grupo.

Reparan en la existencia de fallos extranjeros que abordan el tema, pero hacen notar que éstos se han expedido tanto para declarar la violación de garantías fundamentales como para rechazarla.

Aprecian que la norma examinada no es inconstitucional, predicando que la desigualdad que introduce posee justificación objetiva y razonable –basada en un interés constitucionalmente relevante, y proporcionada respecto de su finalidad–. Ello, agregan, a partir del interés estatal de privilegiar las uniones que tienden a continuar la especie y dan base a la familia, según valoraciones socioculturales compartidas por la comunidad en una época determinada. La heterosexualidad matrimonial, arguyen, atañe a estimaciones de orden público familiar enraizadas en tradiciones seculares, como sucede con la prohibición del incesto o la monogamia.

Reseñan los instrumentos internacionales, sosteniendo que las locuciones que puntualizan el derecho a casarse deben entenderse enfocadas a varón y mujer entre sí, ya que es de la esencia del connubio que así sea formalizado. Encuentran reforzada su lectura en el hecho de que dichos instrumentos datan de épocas donde estos interrogantes no se planteaban. Y, con apoyo doctrinario, sostienen que, tanto desde una exégesis integradora del sistema constitucional, como de un análisis lógico de las expresiones utilizadas, los tratados de derechos humanos no han incorporado módulos que tiendan a catalogar la unión de personas del mismo sexo como matrimonio.

Concluyen afirmando que no les compete a los jueces sustituir a la ley o dejar de aplicarla por la vía de la inconstitucionalidad, si no existe ninguna

“R., M. de la C. c/ Registro Nacional de Estado y Capacidad de las Personas”

S.C. R. N° 90; L. XLIV

colisión con garantías fundamentales, pues de otro modo contrariarían la esencia del Estado de Derecho, la separación de poderes y la forma republicana de gobierno.

–II–

Disconformes, las interesadas interponen el recurso extraordinario de fs. 212/230, cuyo rechazo (v. fs. 241) da lugar a la presente queja.

En la apelación federal, aseveran que la sentencia vulnera los derechos a la libertad e igualdad, a contraer matrimonio, de asociación y de admisión, y las garantías de defensa en juicio y del debido proceso, consagrados en los arts. 14, 14 bis, 16, 18, 19 y 20 de la Constitución Nacional; afectando también el derecho a la no discriminación contemplado en numerosos tratados internacionales con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22). Alegan que la interpretación realizada por el *a quo* contradice la letra de dichas normas, e invocan la doctrina de la arbitrariedad y la concurrencia de gravedad institucional.

Criticán al fallo en tanto da por sobreentendido que el derecho se hace eco de una realidad aceptada universalmente (la unión intersexual), cuando varios países aceptan el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Expresan que la Constitución Nacional y los tratados internacionales que forman parte de ella garantizan el derecho de las personas a contraer matrimonio y fundar una familia. En su postura, la normativa vigente no excluye el matrimonio homosexual sino que sólo *'adjetiviza'* a los contrayentes en la expresión del consentimiento. De ello deducen que, a la luz de los principios constitucionales, esa unión no se encuentra prohibida ni restringida.

Reprochan que la Cámara haya omitido realizar una revisión exhaustiva de constitucionalidad, labor que está a cargo del Poder Judicial. Indican que la existencia de los prejuicios que el mismo decisorio reconoce, impone a los jueces un severo ejercicio de dicho control, ya que de lo contrario estarían incurriendo en una discriminación que la judicatura debería sancionar.

Señalan las contradicciones existentes en el argumento que descarta

la discriminación sobre la base de que la orientación sexual no representa *per se* un óbice para la celebración de nupcias, pero –al mismo tiempo– supone que éstas no pueden llevarse a cabo entre personas del mismo sexo. En su opinión, dicha tesis parte de la postura sustentada en la demanda acerca de que la ley no prohíbe el casamiento homosexual, no obstante lo cual, el *a quo* termina rechazando la acción intentada.

Por otro lado, agregan, el matrimonio presenta un estamento anterior basado en el vínculo creado entre dos personas que se eligen mutuamente para compartir su vida, y si la ley se inmiscuye en ese punto, violenta los principios consagrados por nuestra Carta Magna, en particular, su art. 19. Dejan a salvo el respeto por las normas de orden público, implicadas en los impedimentos taxativamente enumerados en el art. 166 del Código Civil, en los que las actoras no encuadrarían.

Manifiestan que habilitar a una pareja estable –tenga o no prole– para que adquiera un estatus legal, no implica atentar contra la prolongación de la especie, sino reconocer un vínculo jurídico relevante. El pleno ejercicio de sus derechos, continúan diciendo, no afecta el orden público.

Indican que el *a quo* ha soslayado lo resuelto por tribunales extranjeros, sin siquiera analizar la evolución implicada en el acceso de todos los habitantes a los derechos constitucionalmente garantizados. Las decisiones foráneas adversas, enfatizan, están cimentadas en prejuicios y no en normas legales.

Desarrollan la idea de que el fin del matrimonio no es la procreación, sino la protección integral de la familia, mas allá de que esté conformada sólo por los cónyuges o por sus hijos. Señalan que aquél tiene un régimen jurídico especial fundamentalmente patrimonial, del que no puede excluirse arbitrariamente a las amparistas por su orientación sexual, so pena de caer en discriminación.

El Estado, arguyen, debe proteger a todos los habitantes y a todas las familias, en las que se ha operado una evolución cuya problemática ignora la Cámara, excluyendo a las nuevas formas familiares de la tutela legal. Resaltan la estigmatización y los daños que sufren los integrantes de esos grupos, con su

“R., M. de la C. c/ Registro Nacional de Estado y Capacidad de las Personas”

S.C. R. N° 90; L. XLIV

progenie, en colisión con la Convención de los Derechos del Niño.

Observan que la equiparación con situaciones tales como el incesto o la poligamia pone en evidencia el prejuicio y, por tanto, la arbitrariedad de la sentencia.

Insisten con los alcances del art. 19 de la Constitución Nacional y los tratados internacionales y razonan que la interpretación del texto del art. 172 del Cód. Civil como excluyente del matrimonio homosexual no sería coincidente con esos pactos, que hablan de consentimiento exteriorizado por “los contrayentes”.

Atacan la expresión del fallo “parece cierto que no están imaginando un casamiento como derecho de un varón con otro varón, ni de una mujer con otra mujer, sino de un hombre con una mujer”. Con ella, el *a quo* se alejaría de lo que es propio de su función, pues el término “parece” –mera suposición, respaldada por un criterio interpretativo discriminatorio e inconstitucional–, implica una falta de certeza y una arbitrariedad que invalidan al acto jurisdiccional como tal. Aducen que los jueces habrían establecido una verdad absoluta, con la única explicación de que indagar en otro sentido sería “bastante rebuscado”, giro que consideran “muy poco doctrinario” y sin sustento jurídico.

Dejan a salvo que, aunque los derechos no son absolutos, ello es así en tanto no se vulneren derechos superiores como la igualdad y la libertad; pues de lo contrario el argumento de la relatividad devendría en una especie de ardid fraudulento para vulnerar prerrogativas elementales.

Indican que el legislador no puede oponerse a los derechos constitucionales de igualdad y libertad. Tampoco el poder administrador, que no está habilitado para dar a unos lo que se niega a otros en igualdad de circunstancias, incurriendo en discriminaciones arbitrarias.

Esgrimen el derecho de admisión –que sólo definen en abstracto–; así como el principio de progresividad, que llevaría a aplicar siempre la disposición más favorable a los derechos de las personas.

Refieren y comentan los textos de documentos y jurisprudencia internacional, así como de los pactos enumerados en el art. 75 inc. 22 de la

Constitución argentina, los que –reiteran– al par de condenar la discriminación, no contienen ninguna definición de familia que limite la acepción a la conformada por la unión hombre-mujer, ni prohibición alguna respecto del matrimonio homosexual.

–III–

Antes de examinar los agravios propuestos, estimo conducente llamar la atención sobre el vasto y disimil panorama que presenta la problemática en estudio a nivel internacional. A partir de su investigación, puede inferirse un creciente reconocimiento en el transcurso del tiempo, en torno a los derechos y prerrogativas de las parejas del mismo sexo. Con un fin esclarecedor, me remito al desarrollo efectuado en el Anexo A, que incorporo al final de mi dictamen (v. asimismo punto VII).

Así determinado el contexto global, y yendo al tratamiento específico de la cuestión a resolver, comenzaré por señalar que –como se ha visto en el punto anterior–, la impugnación constitucional ha sido planteada sólo para el caso de que se atribuya al estatuto matrimonial un alcance distinto del que propugnan las peticionarias. Por consiguiente, es menester abordar la interpretación que formularon los jueces de la causa con relación a los arts. 172 y 188 del Código Civil. Es que, si bien el tema aquí involucrado remite al examen de cuestiones de derecho común, dicha hermenéutica condiciona la admisibilidad del recurso extraordinario federal, pues de resultar arbitraria, se impondría su tratamiento prioritario (Fallos: 323:35, 1671 consid. 4º, entre muchos otros).

A este respecto, el artículo 172 del Código Civil (t.o. ley 23.515) dispone: “Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por hombre y mujer ante la autoridad competente para celebrarlo...”. Por su parte, el artículo 188 establece: “...En el acto de la celebración del matrimonio, el oficial público leerá a los futuros esposos los arts. 198, 199 y 200 de este Código, recibiendo de cada uno de ellos, uno después del otro, la declaración de que quieren respectivamente tomarse por marido y mujer, y pronunciará en nombre de la ley que quedan unidos en matrimonio...”.

“R., M. de la C. c/ Registro Nacional de Estado y Capacidad de las Personas”

S.C. R. N° 90; L. XLIV

Frente al contenido de los preceptos transcritos, entiendo que la solución adoptada en la anterior instancia –en cuanto los jueces tuvieron como exigencia legal que el matrimonio se celebre entre un hombre y una mujer–, traduce una exégesis posible de las normas en juego, que no las desvirtúa, ni prescinde de sus términos (doct. de Fallos: 316:814; 319:2476; 326:1864, por remisión al dictamen de esta Procuración).

Ese modo de aprehender el texto legal se reafirma ni bien se advierte que la presencia de aquel propósito en la voluntad legislativa no es una mera inferencia. Durante el trámite parlamentario, no sólo se aludió reiteradamente a “...la unión de hombre y mujer que denominamos matrimonio...” (v. gr., discurso del miembro informante del dictamen de mayoría, senador Brasesco [“Antecedentes Parlamentarios” año 1998, n° 7, párrafo 774]), sino que en el debate de la Cámara alta, el senador Martiarena propuso incluir la igualdad de sexo de los contrayentes en el elenco de impedimentos. Empero, dicho temperamento no fue aceptado, al arguirse que esa circunstancia no debía tratarse como una causal de nulidad, porque la diferencia de sexos reviste calidad de presupuesto del connubio y, por ende, no hace a su validez, sino a su existencia misma (“Antecedentes Parlamentarios”, parte II, p 1922 y ss., párrafos 1062 a 1067).

Concordantemente, en la exposición del miembro informante de la Cámara de Diputados se dijo: “En el capítulo IV, *Del consentimiento*, se establece el requisito de la diversidad de sexos, supuesto que esta Cámara había considerado sobreabundante por estar insito en la misma legislación y que, por consiguiente, no lo hacía expreso. Por su parte, el Senado consideró que el requisito de la diversidad de sexos sí debe figurar en forma expresa” (“Antecedentes Parlamentarios”, párrafo 1280, p. 2015).

Valga recordar aquí que, como enseña V. E., al examinar un precepto, el intérprete ha de ajustarse a sus términos, consultando a su espíritu y a la voluntad del legislador, extremos que no deben obviarse por eventuales indeterminaciones de la instrumentación legal, pues el fin primordial de la tarea hermenéutica es dar pleno efecto a esa voluntad (arg. Fallos: 329:2419, 2876,

2975, 5826; 330:2286, 2932; S.C. M. N° 1590, L. XLIII *in re* "Mendoza, Mario Raúl s/nulidad" del 23/4/2008; S.C. O N° 670, L. XXXVIII *in re* "Obra Social Unión Personal Civil de la Nación c/INSSPJP" del 13/5/2008, entre muchos otros).

Desde este punto de vista, resulta inevitable concluir en que el recurso intentado no resultaría procedente.

-IV-

Establecido ello, cobran actualidad los restantes agravios de las apelantes, que suscitan cuestión federal suficiente para su abordaje en el marco del recurso extraordinario deducido, desde que en autos se ha puesto en tela de juicio la constitucionalidad de los arts. 172 y 188 del Código Civil, así como la inteligencia de tratados internacionales, y la decisión ha sido contraria a los derechos esgrimidos por la parte actora (v. doctrina de Fallos: 329:5266, consid. 4°).

Entre esos puntos, la faceta que ha de ser objeto de estudio en primer lugar, conduce al examen de los instrumentos internacionales receptados por nuestra ley fundamental (inc. 22 del art. 75).

Las reglas atinentes a este tópico integran la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966); y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979).

Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos establece: "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" (art. 16.1).

A su tiempo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, prescribe que "[s]e reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer

“R., M. de la C. c/ Registro Nacional de Estado y Capacidad de las Personas”

S.C. R. N° 90; L. XLIV

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” (art. 17.2).

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone: “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 educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges” (art. 10.1).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce “... el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello” (art. 23.2).

Por último, la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer garantiza “...en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: a) El mismo derecho a contraer matrimonio; b) El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento;... g) Los mismos derechos personales como marido y mujer...” (art. 16.1).

A su vez, una correcta aproximación y hermenéutica de dichas cláusulas, exige recurrir a la pauta que aporta la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en su art. 31, según el cual “[u]n tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin... 4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes”.

Así lo enseña V.E. que, en esta materia, se ha adherido estrictamente a la predicha directiva (v. Fallos: 319:505; 320:2948; 324:204;330:2892, por remisión al dictamen de esta Procuración), destacando además –con especial referencia a la Convención Americana sobre Derechos Humanos–, que no podrá admitirse restricción o menoscabo de ningún derecho reconocido en el pacto o limitarlo en mayor medida que la prevista (v. Fallos:

324:3143 consid. 7º; 329:1053 [voto del Dr. Fayt], entre otros).

Ahora bien, como surge de su propia redacción, los documentos internacionales reseñados, a partir de principios generales, protegen al matrimonio como institución básica fundamental, pero no contienen enunciados –ni de ellos se han seguido directivas– que importen tomar posición en un tema que, según se describe en el Anexo A, ha generado opiniones disímiles y encontradas a nivel mundial.

No puedo dejar de resaltar aquí que el resguardo del derecho a contraer matrimonio y la posibilidad de consentimiento pleno consagrado en ellos (véase Declaración Universal de Derechos Humanos [art. 16.1]; Convención Americana sobre Derechos Humanos [art. 17.2]; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [art. 10.1]; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [art. 23.2]; y Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer [art.16.1].), están sometidos a las condiciones requeridas por las leyes internas de las naciones (véase esp. Convención Americana sobre Derechos Humanos [art. 17.2]); con lo cual se vendría a reconocer la facultad y la necesidad de que sean los estados nacionales los que legislen –de acuerdo con sus realidades sociopolíticas– en una cuestión tan delicada como es el matrimonio.

Precisamente, esa consideración refuerza la idea de que la posibilidad de diseñar este punto particular del *ius connubii*, librada a cada uno de los países miembros, no fue vista por los Estados participantes como una matriz de desigualdad arbitraria: Ambas líneas (poder interno de configuración del modelo matrimonial y garantía de igualdad), coexisten en el interior de dichos documentos en un balance que, necesariamente, debió ser objeto de evaluación al tiempo de la aprobación, sin que ello llevara a restringir la alternativa de carácter discrecional que subyace en los textos adoptados. Es claro, a mi juicio, que tales principios generales no pueden ser aislados de la insoslayable ponderación de preceptos que reflejan la repulsa de las naciones civilizadas respecto de la discriminación en función del sexo (Declaración Universal de Derechos Humanos [art. 7]; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre [art. 2];

“R., M. de la C. c/ Registro Nacional de Estado y Capacidad de las Personas”

S.C. R. N° 90; L. XLIV

Convención Americana sobre Derechos Humanos [art. 24]; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [art. 2.2] y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [arts. 2.1 y 26]). Lo cierto es, sin embargo, que el fin de la comunidad internacional al generar aquellas declaraciones y acuerdos ha sido resguardar por igual a mujer y hombre, en situaciones jurídicas diversas a la del matrimonio entre personas del mismo sexo.

Así, el preámbulo de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, es particularmente ilustrativo en ese orden, pues explicita el objetivo de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de los pactos de derechos humanos, impulsados por la situación de vulnerabilidad de la mujer. Y, a este nivel, el nuevo instrumento representa un intento de profundización de tal derrotero (véase su art. 16, art. 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Observación General CCPR N° 19 del 27/7/1990, 39° período de sesiones).

Indudablemente, el ejercicio de la autodeterminación individual es un valor que rescata el Derecho contemporáneo, con su mirada puesta en el respeto por la condición humana. Esta perspectiva, tiene directa relación con el derecho a la igualdad (y su contracara, la no discriminación), que ampara a todos y a cada uno, en orden a los atributos comunes al género humano, que le vienen dados por su naturaleza personal, intrínsecamente digna.

En visión compartida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, parte de la doctrina subraya la fortaleza de esa percepción universal, al punto de considerarla integrada al *corpus* de la costumbre internacional (Opinión Consultiva OC-18/2003; Serie A-18, 17/9/03; Dinah Shelton: “Prohibición de Discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en Anuario de Derechos Humanos, año 2008, publicado por el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, pág. 15 a 39, esp. pág. 25 tercer párrafo).

Sabemos, en efecto, que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es particularmente sensible a la defensa de aquellos aspectos; tanto, que se ha llegado a decir que la Organización de las Naciones Unidas nació

principalmente para luchar contra la discriminación en el mundo (ONU doc. A/C.3/SR 100, p. 7). Ese compromiso se plasmó, desde sus orígenes, en la creación de varios entes encargados de la protección de las minorías y la lucha contra la discriminación; como asimismo en el texto de su Carta, donde la alusión a los derechos humanos y las libertades fundamentales está ligada constantemente a la ausencia de discriminación por motivos de raza, sexo, idioma o religión (Dinah Shelton: "Prohibición de Discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos", en Anuario de Derechos Humanos, año 2008, publicado por el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, pág. 17 y 18.).

Empero, aprehendida correctamente, ninguna prerrogativa puede llamarse absoluta. Desde ese mismo foro se ha advertido siempre que no cualquier distinción es discriminatoria; sólo lo son aquellas que incurren en arbitrariedad (véanse los trabajos preparatorios del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, donde se deja en claro que el derecho a la igualdad no requiere invariablemente un trato idéntico, A/2929, cap. VI p. 179; 5°, 6° y 8° período de sesiones, 1949-1952, y Shelton: "Prohibición...", pág. 26 a 27 y sus notas). Luego, el principio de igualdad –que implica un ejercicio comparativo– no es compatible con un patrón rígido.

Como aciertan a decir los autores, identificar igualdad con una igualación apriorística que ignore la variedad fáctica y las diferencias interpersonales de cuño razonable, sería paradójico y nos dejaría frente a una garantía vacua. No otra (ya lo ha recordado esta Procuración en Fallos: 330:855 [v. asimismo sus citas]), es la noción que V. E. viene enseñado a través de los años, al reiterar –con referencia al art. 16 de nuestra carta de derechos–, que esa cláusula asegura un trato legal igualitario para quienes se hallan en similares condiciones, por lo que la ley puede contemplar en forma distinta situaciones que considera diferentes. De ello se deduce que las distinciones establecidas por el legislador en supuestos que estime distintos serán valederas en tanto no obedezcan a criterios arbitrarios, de indebido favor o desfavor, privilegio o inferioridad personal, de clase, o de ilegítima persecución (Fallos 323:1349, 1566, 2054, 2346, 3308; 325:11; 329:5567 [por remisión al dictamen de esta

“R., M. de la C. c/ Registro Nacional de Estado y Capacidad de las Personas”

S.C. R. N° 90; L. XLIV

Procuración], entre muchos otros).

Retomando el hilo de la normativa supranacional, y ajustándonos ahora a la calificación jurídica de la realidad homosexual, se puede observar cómo la ONU repudia claramente la imposición de sanciones penales y la denegación de derechos sociales, trazando un rumbo que se ha vuelto a enfatizar recientemente en la Asamblea General, mediante la declaración del 18 de diciembre de 2008 (70° y 71° reunión plenaria). En esa sesión, el representante de la República Argentina leyó una exposición, en cuyo párrafo sexto el grupo de países que la suscriben condena “... las violaciones de derechos humanos basadas en la orientación sexual o la identidad de género dondequiera que tengan lugar, en particular el uso de la pena de muerte sobre esta base, las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, la práctica de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, el arresto o detención arbitrarios y la denegación de derechos económicos, sociales y culturales, incluyendo el derecho a la salud”.

Pues bien: las recurrentes R. y C. V., sostienen que esa censura opera también en lo que atañe a la regulación doméstica del matrimonio, inferencia que apoyan en la observación que en torno al art. 26 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos elaboró la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas *in re “Nicholas Toonen v. Australia”* (Comunicación N° 488/1992, aprob. 31/3/1994, [A/49/40, vol. II, p 234-246]), “*Edward Young v. Australia*” (CCPR/C/78/D/941/2000, aprob. 6/8/2003), y “*X. v. Colombia*” (CCPR/C/89/D/1361/2005, aprob. 14/5/2007).

La alegación de las recurrentes merece dos objeciones: La primera, refiere al contexto y especificidad de las mentadas comunicaciones, ya que fueron emitidas a raíz de presentaciones que nada tienen que ver con el derecho a contraer nupcias, por lo que entiendo no resultan definitorias en nuestro caso (véase opinión del juez Kenneth Keith en el caso “*Quilter*”, cit. en el Anexo A, cap. 4°, acáp. 4.2). La segunda –vinculada estrechamente a la anterior–, es que ese organismo de derechos humanos ha tenido oportunidad de abordar concretamente

el tópico que hoy nos toca juzgar, decantándose en un sentido que es adverso a la postura de las peticionarias.

En efecto, el caso “*Toonen*” se originó a propósito de los arts. 122 y 123 del Código Penal del Estado de Tasmania (Australia), en tanto encuadraban como delitos a diversas formas de contacto sexual –consensuado y en privado–, entre hombres adultos; materia sustancialmente diferente a la considerada en este dictamen.

Allí, la mayoría del Comité rehusó dar el asesoramiento pedido por Australia en cuanto a la virtualidad del art. 26 del Pacto (igualdad-no discriminación) y a los parámetros analíticos aplicables, limitándose a apuntar que “...a su juicio, se debe estimar que la referencia al sexo que figura en el párrafo 1 del artículo 2 y en el artículo 26, incluye la inclinación sexual...” (párrafo 8.7). En cambio, la solución se fundó en la violación del art. 17.1 (privacidad), desde que se tuvo a la prohibición impugnada como una injerencia arbitraria o ilegal en la vida privada del actor.

En clave de lo que propondré en el punto VII, es útil notar cómo –de alguna manera–, para la solución que adoptaron, todos los operadores implicados en el proceso tuvieron en cuenta ora la conformación pluralista y multicultural de la sociedad local, ora la evolución histórica, jurídica y social vivida en el país. También lo es, la trama dispar entretrejida a partir de las diferentes ópticas presentes en el seno del Comité (v. voto del Sr. Bertil Wennergren).

Esa clase de referencias aparece nuevamente en los informes “*Young v. Australia*” y “*X v. Colombia*”, ambos producidos en torno a la seguridad social (pensión por fallecimiento de la pareja conviviente).

En “*Young*” el Comité –por mayoría– reprodujo la opinión vertida *in re* “*Toonen*”, en cuanto a que la prohibición del artículo 26 incluye a la discriminación basada en la orientación sexual. Recordó también su criterio de que las diferencias en la obtención de prestaciones entre parejas heterosexuales casadas y no casadas eran lógicas, ya que los convivientes podían escoger si contraían o no matrimonio, posibilidad con la que no contaba el actor. Como se ve, la Comisión tomó a esta última variante como un hecho, sin calificarlo ni valorarlo.

"R., M. de la C. c/ Registro Nacional de Estado y Capacidad de las Personas"

S.C. R. N° 90; L. XLIV

Asimismo, reobró sobre su doctrina constante de que no toda distinción equivale a la discriminación vedada por el Pacto, en la medida en que se base en criterios razonables y objetivos, señalando que el Estado Parte no presentó ningún argumento o prueba que revelasen la existencia de factores justificativos de esa distinción. En este marco, el Comité llegó a la conclusión de que Australia –al denegar al autor una pensión sobre la base de su sexo u orientación sexual– violó el artículo 26 del tratado.

Los votos particulares de los Sres. Ruth Wedgwood y Franco Depasquale, aunque concurrentes, introdujeron algunas ideas que tienen interés para nosotros. Por de pronto, diferenciaron este caso del precedente "*Toonen*", indicando que "... el autor se había quejado de que el Código Penal de Tasmania *no distingue... entre la actividad sexual en privado y la actividad sexual en público, con lo cual traslada... una actividad privada al dominio público...* El dictamen del Comité se basó en el derecho a no ser perturbado cuando el Estado Parte no presenta motivos razonables relacionados con la seguridad, el orden público, la salud o la moral para justificar la injerencia en la vida privada". Mientras "...muchos países reconocen el derecho a la vida privada en las relaciones íntimas y lo disfrutan todos los ciudadanos cualquiera que sea su orientación sexual..." [marco del caso *Toonen*], el "...actual asunto ... plantea una cuestión más amplia, respecto de la cual algunos Estados Partes pueden tener opiniones categóricas ... [P]lantea la cuestión general de los derechos positivos a la igualdad de trato y de si un Estado debe considerar las relaciones entre personas del mismo sexo a la par con las formas más tradicionales de unión civil...". Y finalizaron dejando sentado que "...[e]n el presente caso... el Comité ha adoptado esencialmente un fallo por falta de comparecencia... Muchos gobiernos y muchas personas de buena voluntad compartirán un interés en encontrar una respuesta moral y jurídica adecuada a los problemas y controversias relativos a la equidad en la concesión de diversas prestaciones gubernamentales a las parejas del mismo sexo y a las heterosexuales, incluso la afirmación controvertida de que hay un derecho transjurisdiccional al reconocimiento de los matrimonios homosexuales... En el presente caso, el Comité no ha pretendido examinar la gama completa de argumentos 'razonables y objetivos' que otros Estados y otros autores pudieren

ofrecer en el futuro sobre estas cuestiones en el mismo contexto que los del Sr. *Young* o en otros. Al examinar las comunicaciones individuales presentadas con arreglo al Protocolo Facultativo, el Comité debe seguir teniendo presente el alcance de lo que ha decidido o no ha decidido en cada caso”.

Por último en “*X v. Colombia*”, la mayoría del organismo internacional acordó: “El Comité recuerda su jurisprudencia anterior de que la prohibición de la discriminación, en virtud del artículo 26 del Pacto, incluye también la discriminación basada en la orientación sexual. Recuerda igualmente que en comunicaciones anteriores el Comité ha considerado que las diferencias en la obtención de prestaciones entre parejas casadas y parejas no casadas heterosexuales, eran razonables y objetivas, ya que las parejas en cuestión podían escoger si contraían o no matrimonio con todas las consecuencias que de ello se derivaban. El Comité también nota que, mientras que el autor no tenía la posibilidad de contraer matrimonio con su pareja permanente del mismo sexo, la ley en cuestión no distingue entre parejas casadas y no casadas, sino entre parejas homosexuales y heterosexuales. El Comité observa que el Estado parte no presenta ningún argumento que sirva para demostrar que esta distinción entre compañeros del mismo sexo, a los que no se les permite recibir prestaciones de pensión y entre compañeros heterosexuales no casados, a los que sí se conceden dichas prestaciones, es razonable y objetiva. El Estado parte tampoco presentó ninguna prueba que revele la existencia de factores que pudieran justificar esa distinción. En estas circunstancias, el Comité concluye que el Estado Parte ha violado el artículo 26 del Pacto, al denegar al autor el derecho a la pensión de su compañero permanente, sobre la base de su orientación sexual”.

En su disidencia, los restantes miembros –Sres. Abdelfattah Amor y Ahmed Tawfik Khalil–, expresaron que la preferencia sexual no está contemplada en el Pacto y que el Comité ha ido más allá de la simple interpretación, avanzando por sobre el texto y la voluntad de los redactores. Agregaron que aun cuando ese cuerpo “...puede basarse en experiencias jurídicas nacionales, *no puede hacer caso omiso del estado del derecho internacional positivo, que no reconoce el derecho a la orientación sexual como derecho humano*. Así pues, el papel creador y normativo del Comité debería circunscribirse a esa realidad jurídica. Por lo

"R., M. de la C. c/ Registro Nacional de Estado y Capacidad de las Personas"

S.C. R. N° 90; L. XLIV

demás, es esencial subrayar que la interpretación que cabe hacer del artículo 26 se refiere a la no discriminación, y *no a la aparición de nuevos derechos* cuya vinculación con el Pacto dista de ser evidente, por no decir inexistente, habida cuenta del contexto en que el Pacto vio la luz...".

Y siguieron diciendo "...La interpretación de las disposiciones del Pacto no puede prescindir de unas ni de otras, sobre todo cuando las disposiciones tienen vínculos entre sí que no se pueden ocultar, y mucho menos eliminar. Por lo tanto, la cuestión de la discriminación por motivos de sexo u orientación sexual no puede evocarse en relación con el artículo 26 desde la perspectiva de prestaciones positivas, haciendo abstracción del artículo 23, que considera que *la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia si tienen edad para ello*. Ello significa que *una pareja homosexual no constituye una familia en el sentido del Pacto* y, por lo tanto, no puede reclamar prestaciones positivas fundadas en la noción de familia, al estar ésta formada por personas de sexo diferente... Queda entendido, por supuesto, que los Estados tienen derecho y están en condiciones de crear nuevos derechos en beneficio de las personas dentro de su jurisdicción. En este sentido, *no incumbe al Comité actuar en sustitución del Estado ni optar por soluciones que no le corresponden...*".

Desde otra perspectiva, igualmente útil para nuestra labor, el predicho voto disidente, insistió nuevamente en que no todo trato diferencial, basado en los motivos enumerados en el art. 26, constituye discriminación violatoria de los compromisos estatales, siempre y cuando se base en motivos razonables y objetivos, en aras de un propósito que sea legítimo con arreglo al Pacto.

Mas allá de las implicaciones que tienen en sí mismos los conceptos reseñados, lo cierto es que en el año 2002, se sometió a la consideración del Comité un caso donde se ventilaron argumentaciones casi idénticas a las que presentan las aquí actoras (Comunicación N° 902/1999, *in re "Juliet Joslin y otras v. New Zealand"* [CCPR/C/75/D/902/1999, 30/7/2002]). Contamos, entonces, con

una herramienta exegética de singular valor, por tratarse de la interpretación auténtica, efectuada por el propio órgano de vigilancia del Pacto, en el área de los derechos humanos.

Al examinar la cuestión de fondo, el Comité observó que el párrafo 2 del artículo 23 trata expresamente de la cuestión del derecho al matrimonio; por lo que, al existir un precepto específico, toda alegación sobre la violación de ese derecho ha de considerarse teniendo en cuenta dicha regla.

Seguidamente, afirmó que “[e]l párrafo 2 del artículo 23 del Pacto es la única disposición sustantiva en que se define un derecho, utilizando el término *hombre y mujer*, en lugar de *todo ser humano, todos, o todas las personas*. El uso del término *hombre y mujer* en lugar de los términos generales utilizados en otros lugares de la parte III del Pacto, se ha entendido consistente y uniformemente en el sentido de que la obligación emanada del Tratado para los Estados Partes, según el párrafo 2 del artículo 23 del Pacto, es reconocer como matrimonio únicamente la unión entre un hombre y una mujer que desean casarse” (párrafo 8.2).

En sintonía con esa comprobación, concluyó que “[e]n vista del alcance del derecho al matrimonio conforme al párrafo 2 del artículo 23 del Pacto, el Comité no puede considerar que por el mero hecho de negar el matrimonio entre parejas homosexuales el Estado Parte haya violado los derechos de las autoras en virtud de los artículos 16 y 17, de los párrafos 1 y 2 y del artículo 23 ni del artículo 26 del Pacto...”, sin que se revele “...violación de ninguna disposición del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos...” (párrafos 8.3 y 9).

En el voto particular (coincidente) de los Sres. Rajsoomer Lallah y Martin Scheinin, estos miembros volvieron sobre la idea de que, al no existir la posibilidad de elección en cuanto al estatus jurídico, “...en países donde la ley no permite el matrimonio... u otro tipo de asociacióncon consecuencias similares o idénticas al matrimonio ... la denegación ... de ciertos derechos o beneficios que pueden tener las parejas casadas puede equivaler a una discriminación prohibida según el artículo 26, a menos que criterios razonables y objetivos justifiquen lo contrario”. Aclararon también que los Estados están en libertad de reconocer “...

“R., M. de la C. c/ Registro Nacional de Estado y Capacidad de las Personas”

S.C. R. N° 90; L. XLIV

en forma de matrimonio o en otra forma comparable, el compañerismo entre dos hombres o entre dos mujeres”, partiendo de que la realidad normativa –párrafo 2 del artículo 23– “...entraña la obligación de los Estados de reconocer como matrimonio la unión de un hombre adulto y una mujer adulta que deseen casarse”.

Como corolario de este breve estudio, surge que –contrariamente a lo que alegan las accionantes– las directivas constitucionales que abrevan en el derecho de gentes, delegan en los Estados la construcción discrecional de esta faceta de la estructura nupcial, de acuerdo a sus realidades intrínsecas.

-V-

Para continuar con el panorama internacional, es conducente advertir que, en la producción jurídica de la Unión Europea (en adelante UE), si bien con los matices que le imprimen su historia y su conformación misma, el horizonte conceptual y práctico apunta también a la posibilidad de opción en cabeza de cada uno de los países que la integran. Veamos:

A) En el Derecho comunitario, no existe consenso ni siquiera respecto del concepto de cónyuge, que las normas supra-nacionales básicas tampoco se ocupan de definir.

El Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en su art. 8 dice: “1. Todos tienen el derecho a ser respetados en su vida privada y familiar, en sus hogares y su correspondencia. 2. No habrá interferencia de autoridad pública con el ejercicio de este derecho excepto que sea de acuerdo con la ley y resulte necesario en una sociedad democrática en el interés de la seguridad nacional, resguardo público o el bienestar económico del país, para la prevención del desorden o del crimen, la protección de la salud y la moralidad, o la protección de los derechos y libertades de los demás”. Mientras que su art. 12 prescribe: “...hombre y mujer en edad matrimonial tienen el derecho de casarse y fundar una familia, de acuerdo a las leyes nacionales que rijan el ejercicio de ese derecho”. Junto con las tradiciones constitucionales comunes de los Estados contratantes, las disposiciones del

Convenio de Roma han sido proclamadas pacíficamente como parte del Derecho de la Unión -con el rango de principios generales-, tanto por la frustrada Constitución comunitaria de 2004 (art. I-9) como por el Tratado de Lisboa de 2007 (art.6.3).

Con el Tratado de Ámsterdam se incorpora la orientación sexual en el espectro del combate contra la discriminación (art. 13). Dicha cláusula establece: "Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual" (véase asimismo Protocolo Adicional N° 12, vigente desde el 1°/4/2005).

Es oportuno agregar aquí que, desde el año 2000, se han elaborado documentos sin poder vinculante, que habré de citar en razón de sus repercusiones conceptuales. Así, la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, aprobada en Niza el 7 de diciembre de 2000, recoge en su art. 21.1 la prohibición de discriminación en razón de la orientación sexual. Y, con el epígrafe "[d]erecho a contraer matrimonio y derecho a fundar una familia", en su art. 9 determina que "[s]e garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio". Este último texto (que, por cierto, no contiene una referencia expresa al género de los contrayentes), ha dado lugar a controversias, ya que algunos ven en la estructura de la norma el propósito de desvincular el *ius connubii* de la familia, alejando la complementación sexual de la noción de matrimonio (véase Corte de Estrasburgo *in re "Goodwin v. United Kingdom"*, parágrafo 100; caso que se comentará en el acápite C de este mismo punto).

Sobre la base de esa Carta, la fallida Constitución del 2004, a la par de reprobando en su artículo 81 toda discriminación motivada en la orientación sexual, en el artículo 69 (Parte II-Título II-Libertades), volvería simplemente a repetir: "Se garantizan el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia

“R., M. de la C. c/ Registro Nacional de Estado y Capacidad de las Personas”

S.C. R. N° 90; L. XLIV

según las leyes nacionales que regulen su ejercicio”; pauta ésta a la que algunos le atribuyeron un carácter neutro. Para así pensarlo, tuvieron en cuenta que dicho artículo II.69, con el epígrafe “[d]erecho a contraer matrimonio y derecho a fundar una familia”, remitía la regulación a “...las leyes nacionales que regulen su ejercicio”. Asimismo, se sopesó que en el informe del *Praesidium* de la Convención, se aclaraba que “...este artículo ni prohíbe ni impone el que se conceda estatus matrimonial a la unión de personas del mismo sexo”, por lo que hubo juristas que se inclinaron por entender que se trataba de una materia reservada a la decisión de los Estados miembros.

La misma redacción del art. 9 de la Carta de Niza será reproducida más tarde por su homónimo de la Carta de Estrasburgo (12/12/2007), destinada a sustituir a su predecesora desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (v. Diario Oficial [2007/C 303/01]). Las explicaciones de estilo del *Praesidium* en punto al art. 9 (derecho a contraer matrimonio y derecho a fundar una familia), insistirán en que “[e]ste artículo está basado en el artículo 12 del CEDH que dispone: ‘A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho’. La redacción de este derecho se ha modernizado para abarcar los casos en los que las legislaciones nacionales reconocen vías distintas a la del matrimonio para fundar una familia. Este artículo ni prohíbe ni impone el que se conceda estatuto matrimonial a la unión de personas del mismo sexo. Este derecho es por lo tanto similar al previsto por el CEDH, pero su alcance puede ser más amplio cuando la legislación nacional así lo establezca” (2007/C 303/02).

A su hora, el Tratado de Lisboa prologa las modificaciones que pretende introducir al Tratado de la UE, pregonando que “[l]a Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres” (art. 1 bis; v. asimismo art. 1). Luego de conferir a la Carta de Derechos el valor jurídico propio de los tratados (art. 6.1),

los signatarios refuerzan expresamente la idea de que ella "...confirma los derechos fundamentales garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales... tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros ... [y] no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión ni crea ninguna nueva competencia ni ningún nuevo cometido para la Unión...". Asimismo, según se adelantó, Lisboa toma al Convenio de Roma y a las mentadas tradiciones, como eje interpretativo primordial en el plano de los derechos y garantías fundamentales (art. 6).

B) En ese contexto, –bien que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, TJCE), carece de jurisdicción en el control del contenido atribuido por los derechos internos–, los contornos del instituto se han venido trazando en buena parte, por vía jurisprudencial.

En su temprana sentencia del 17 de abril de 1986 *in re "State of the Netherlands v. Ann Florence Reed"* (case N° 59/85 [1986] ECR 1986 p 1283), donde la pareja soltera del mismo sexo de un nacional británico que trabajaba en Holanda pugnaba por obtener un permiso de residencia, aquel cuerpo constató que el término "esposo" sólo debía aplicarse a parejas casadas, aunque asignó efectos a este otro tipo de uniones, como una "ventaja de tipo social", cuyo reconocimiento contribuye a la libre circulación de trabajadores.

Otro de los primeros hitos jurisprudenciales está dado por la muy mentada sentencia del 17 de febrero de 1998, originada en la concesión de tarifas preferenciales sólo para los cónyuges o parejas heterosexuales de los empleados de la empresa inglesa "SWT Ltd." ("*Lisa Jacqueline Grant vs. South West Trains Ltd.*" [asunto C-249/1996 y FJ 33-35]).

Allí, el Tribunal consideró que no se discriminaba a la actora por ser mujer, ya que a una pareja de varones le hubiese sido aplicable la misma vara.

Tras examinar el Derecho comunitario y la jurisprudencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Corte Europea de Derechos Humanos, Corte de Estrasburgo o TEDH), así como la legislación de

“R., M. de la C. c/ Registro Nacional de Estado y Capacidad de las Personas”

S.C. R. N° 90; L. XLIV

los Estados miembros, concluyó que las relaciones estables entre dos personas del mismo sexo no se asimilaban a las uniones entre individuos –casados o no– de distinto género.

A lo largo de su análisis, le fue dado resaltar que la Comunidad no poseía normas equiparadoras, y que los Derechos nacionales guardaban grandes divergencias entre sí. Parafraseando a aquel organismo, interpretó que el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales no abarcaba a las relaciones homosexuales duraderas, ya que a pesar de la evolución contemporánea de las mentalidades, ellas no estaban comprendidas todavía en el ámbito de aplicación del llamado “derecho al respeto por la vida familiar”.

Juzgó que en el estado que exhibía en aquel momento, el Derecho comunitario no era aplicable a supuestos referidos a la orientación sexual; y que, aun suponiendo que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos diese cobertura a la “preferencia sexual”, ello no podía *per se* expandir los alcances del Tratado. Y culminó trasladando al legislador la eventual adopción de medidas apropiadas, en pos de la equiparación.

En el pronunciamiento “*D. & Reino de Suecia/Consejo*” (C-122/99 y 125/99, del 31/5/2001), el TJCE también reparó en que la voz “matrimonio” designa, en general, a una unión heterosexual. Asimismo, tomó nota de que, desde 1989, un creciente número de países miembros ha venido estableciendo regímenes legales de unión entre personas de igual o distinto sexo, confiriéndoles efectos jurídicos idénticos o parecidos a los del matrimonio, tanto entre sus componentes como respecto de terceros (parágrafos 34 y 35). Empero, juzgó que esa incompleta equiparación en un limitado elenco de naciones no podía tener por consecuencia la inclusión dentro del concepto estatutario de “funcionario casado” de personas sometidas a un régimen que no es el matrimonial (v. asimismo Anexo A [cap. 1º, acáp. 1.8.D]).

En su sentencia del 7 de enero de 2004, el TJCE ha vuelto a adherir al criterio de la Corte de Estrasburgo. En esta ocasión, la intervención se dio a raíz del pedido de decisión prejudicial planteado por la Corte de Apelaciones

(División Civil) de Inglaterra y Gales, en un caso donde se negaba a una persona transexual la posibilidad de goce de la pensión que la ley acuerda al cónyuge superviviente. La resolución dictada, reflejando la jurisprudencia del TEDH, entendió que la pareja –considerada heterosexual, a partir de la operación médica de cambio de sexo de uno de los integrantes– está impedida de cumplir con el requisito del matrimonio necesario para disfrutar de la pensión de supervivencia. Ello, aseveró, va en desmedro del artículo 141 CE (sobre igualdad de hombres y mujeres en la vida laboral), norma que, en principio, se opone a cualquier legislación que contrarie al Convenio de Roma. Finalizó diciendo que, al ser los Estados miembros los que deben determinar los recaudos de admisibilidad jurídica del cambio quirúrgico de sexo, incumbe al juez nacional comprobar si puede invocarse el art. 141 CE, en orden a que el compañero transexual acceda a dicho beneficio (Asunto C-117/01, “*K. B. v. Nacional Health Services Pensions Agency & Secretary of State for Health*”).

C) Respecto de la Corte Europea de Derechos Humanos, creo útil para los propósitos de esta reseña incluir –como lo he hecho en el acápite anterior– una referencia a sus pronunciamientos, aun en ángulos que no hacen directamente a la cuestión del matrimonio homosexual. Ello contribuirá a poner en contexto los criterios tenidos en mira por ese cuerpo en la construcción de sus conclusiones.

En ese orden, cabe señalar que, no obstante propiciar la no discriminación por causa de la orientación sexual, el TEDH ha iniciado su aproximación al problema, a partir del respeto por la concepción del matrimonio como heterosexual, tomando como estándar interpretativo constante la evolución operada en el plano científico y en la estimativa general (especialmente en los países miembros).

Tenemos así que, en una primera etapa, esa Corte ponderó la razonabilidad de los límites impuestos por las legislaciones domésticas en el contexto del balance entre el interés general y el individual. Cabe aclarar que, si bien las intervenciones del tribunal que dieron pie a la elaboración de esta doctrina tuvieron lugar en el terreno de la transexualidad, sus fundamentos resultan

"R., M. de la C. c/ Registro Nacional de Estado y Capacidad de las Personas"

S.C. R. N° 90; L. XLIV

enteramente aplicables también a casos de la índole del aquí tratado. El TEDH determinó que, en el estado de transición que comprobó al dictar las respectivas sentencias, los Estados contratantes gozan de suficiente margen de apreciación para evaluar si se justifica (y en qué extensión) un tratamiento legal diferente. Ello, en un marco configurado por sus propios valores culturales, y por los elementos comunes que conviven en la cosmovisión, en las tradiciones y en los sistemas jurídicos concretos que integran la UE (véase decisorios indicados seguidamente; conf. asimismo, en lo pertinente, "*Dudgen v. UK*" del 22 de octubre de 1981 [Series A N° 45, pp. 23-24, para. 60]; "*Court's B. v. France*" del 25 de marzo de 1992 [Series A N° 232-C; p. 49, § 48]; "*Stubbings and others v. The United Kingdom*" del 22 de octubre de 1996 [Reports 1996-IV, p. 1507, § 72]; "*Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*" N° 33290/96, § 29, ECHR 1999-IX, del 21 de diciembre de 1999; "*Fretté v. France*, N° 36515/97, §§ 34 y 40, ECHR 2002-I, del 26 de febrero de 2002; y "*S. L. y V. v. Austria*" [N° 45330/99, § 36, ECHR 2003-I], 9 de enero de 2003, y 10 de febrero de 2004).

A esos ejes, obedecen las resoluciones dictadas en "*Case of Rees v. United Kingdom*" (application N° 9532/81; 17/10/1986), "*Case of Cossey v. The United Kingdom*" (application N° 10843/84; 27/9/1990) y "*Case of Sheffield and Horsham v. The United Kingdom*" (application N° 22985/93 y N° 23390/94; 30/7/1998). Allí, sin perjuicio de destacar la atención que merece el tema, la mayoría del tribunal juzgó que no se habían conculcado el respeto por la vida privada (art. 8-1 de la Convención de Roma), ni el derecho a casarse y fundar una familia (art. 12). Para ello, como guía hermenéutica, auscultó a la opinión pública mayoritaria y al sentido de las legislaciones positivas de los Estados miembros, verificando que "...no evidencian un abandono general del concepto tradicional de matrimonio...".

Más precisamente, en "*Rees*", el TEDH estimó que "...el derecho a casarse garantizado por el art. 12 hace referencia al matrimonio tradicional entre personas de sexo biológico opuesto. Esto aparece también en la redacción del artículo, de donde resulta claro que dicho art. 12 está principalmente interesado en proteger el matrimonio como base de la familia...".

“...El artículo 12 prescribe que el ejercicio de ese derecho estará sujeto a las leyes nacionales de los Estados Contratantes. Las limitaciones que se introduzcan no deben restringir o reducir el derecho en tal sentido o extensión que la verdadera esencia del derecho sea deteriorada. Sin embargo, no puede decirse que el impedimento legal del Reino Unido en cuanto al matrimonio de personas que no pertenecen biológicamente a sexos opuestos, tenga un efecto de esta clase...”.

La Corte reflexionó acerca de la particular importancia de atender a la diversidad de prácticas seguidas por los países miembros y a sus circunstancias y, luego de hacer un repaso de esas realidades, constató que “... en el presente es mínimo el consenso existente entre los Estados Contratantes en este campo y que, hablando en general, la ley parece estar en un estadio de transición. En consecuencia, ésta es un área en la que las Partes Contratantes, disfrutan de un amplio margen de apreciación...”.

Enseñó que, en la detección de esa obligación positiva, la mirada debe ponerse en el justo balance entre el interés general de la comunidad y el interés del individuo, equilibrio cuya búsqueda es inherente a la Convención en su conjunto (parágrafo 37, con cita *mutatis mutandi* de “*James and Others*”, del 21 de febrero de 1986, *Series A* N° 98, p. 34, para. 50, y “*Sporrong and Lönnroth*” del 23 de septiembre de 1982, *Series A* N° 52, p. 26, para. 69). En esa tarea, indicó que la directiva mencionada en el segundo párrafo del art. 8 puede ser relevante “...aunque dicho precepto refiere sólo a ‘interferencias’ con el derecho protegido por el primer párrafo –en otras palabras concierne a las obligaciones negativas que de allí fluyen (ver, *mutatis mutandis*, el pronunciamiento “*Marckx*” del 13 de junio de 1979, *Series A* N° 31, p. 15, para. 31) –...”.

Todo ello lo llevó a inferir que, por ahora, debe dejarse al Estado demandado la determinación del temperamento que ha de seguir. Por último, formuló una reserva en el sentido de que “... la Corte es consciente de la seriedad de los problemas que afectan a estas personas y del *distress* que estas sufren. La Convención debe interpretarse y aplicarse siempre a la luz de las circunstancias actuales (ver, *mutatis mutandis*, entre otros, el pronunciamiento “*Dudgeon*” del 22

“R., M. de la C. c/ Registro Nacional de Estado y Capacidad de las Personas”

S.C. R. N° 90; L. XLIV

de octubre de 1981, *Series A* N° 45, p 23-24, para. 60). La necesidad de apropiadas medidas legales, por tanto, debe tenerse presente tomando en consideración especialmente los desarrollos científicos y sociales...”.

En “*Cossey*”, la mayoría del TEDH retomó la doctrina sentada en el caso “*Rees*”, que estimó análogo, entendiendo que no se daban razones convincentes para apartarse de su propio precedente. Por ejemplo, con cita del pronunciamiento “*Inze*” (*Series A* N° 126, p. 18, para. 41, del 28 de octubre de 1987), volvió sobre la necesidad de que la interpretación de la Convención refleje los cambios sociales y quede en sintonía con las nuevas circunstancias imperantes en ese campo.

En concordancia con ese hallazgo y con el señalamiento hecho en “*Rees*” acerca de la atención que merecen los desarrollos sociales y científicos, indicó que desde entonces no ocurrieron avances científicos significativos.

Asimismo, apuntó que desde 1986 se habían operado ciertas variaciones en la ley de algunos de los Estados miembros. No obstante, dijo, “...la resolución adoptada por el Parlamento Europeo el 12 de septiembre de 1989 (OJ N° C 256, 9.10.1989, p. 33) y la Recomendación 1117 (1989) adoptada por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa el 29 de setiembre de 1989 – ambas persiguen alentar la armonización de las leyes y las prácticas en este campo– revelan... la misma diversidad de prácticas que se obtuvo en la época del pronunciamiento “*Rees*”. De conformidad con ello es todavía, teniendo en cuenta la existencia de un escaso consenso entre los Estados Contratantes, un área en la que ellos disfrutaban de un amplio margen de apreciación (ver el pronunciamiento “*Rees*”, p. 15, para. 37). En particular, al presente no puede decirse que el apartamiento de las anteriores decisiones de la Corte está justificado en orden a asegurar que la interpretación del Artículo 8... en el punto en discusión esté en línea con las condiciones actuales...”.

Desde el ángulo del art. 14 de la Convención -que prohíbe la discriminación en el disfrute de los derechos y libertades garantizados-, la Corte consideró que esa previsión no asistía a la peticionaria. Para ello, en el párrafo 41, recurrió a la noción de proporcionalidad entre una medida o una restricción y el

fin que busca alcanzar, como concepto que entronca en el justo balance que debe develarse entre el interés general de la comunidad y los intereses del individuo (con remisión al párrafo 37 y cita del caso "*Lithgow and Others*" del 8 de Julio de 1986, *Series A* N° 102, p. 50, para. 120).

Más adelante, puntualizó: "...45. En cuanto a la inhabilidad de la solicitante para casarse con una mujer, ésta no se ve contrariada por ningún impedimento legal y a este respecto no puede decirse que el derecho a casarse ha sido perjudicado como consecuencia de las previsiones de la ley doméstica...". "... En cuanto a su inhabilidad para casarse con un hombre, los criterios adoptados por la ley inglesa están a este respecto conformes con el concepto de matrimonio el que se refiere el derecho garantizado por el art. 12...".

"...46. Aunque algunos Estados Contratantes ahora reputan como válido el matrimonio entre una persona en la situación de la srta. Cossey y un hombre, no puede decirse que los desarrollos ocurridos hasta hoy... evidencien algún abandono general del concepto tradicional de matrimonio. En estas circunstancias, la Corte no considera que le sea posible realizar una nueva aproximación al Artículo 12 en el punto en discusión. La Corte encuentra, además, que aquella adhesión al concepto tradicional de matrimonio proporciona razón suficiente para la continuidad en la adopción de criterios biológicos para la determinación del sexo en el contexto del matrimonio, siendo una materia comprendida dentro de la potestad de los Estados Contratantes para regular por la ley nacional el ejercicio del derecho a contraer matrimonio...".

Llegado el año 1998, en el proceso "*Sheffield*" se acumularon los casos vinculados a dos personas transexuales, alegándose, entre otras, la violación de los arts. 8, 12 y 14 de la Convención. Creo interesante hacer notar aquí cómo la Corte valorizó nuevamente el consenso compartido por los Estados parte -en los planos jurídico, científico, social y moral- a cuyo avance supeditó cualquier cambio de criterio (v. esp. para. 55 a 58).

En el párrafo 66, el TEDH recordó, con cita del caso "*Rees*" (p. 19, §§ 49 y 50) que el derecho a contraer matrimonio garantizado por el art. 12, hace referencia a la unión entre personas de diferente sexo biológico. Y en el párrafo

“R., M. de la C. c/ Registro Nacional de Estado y Capacidad de las Personas”

S.C. R. N° 90; L. XLIV

siguiente, hizo lo propio con el caso “Cossey” (p. 18, § 46), para repetir textualmente el criterio ya citado sobre el poder regulatorio en cabeza de los países miembros.

A la luz de dichas consideraciones, la Corte “...encuentra que no puede decirse que la inhabilidad de cada peticionario para contraer matrimonio válido bajo la ley doméstica del Estado demandado, teniendo en mira las condiciones impuestas por la *Matrimonial Causes Act 1973*...constituya una violación del Artículo 12 de la Convención ...”.

“...75 La Corte reitera que el Artículo 14 proporciona protección contra la discriminación en el goce de los derechos y libertades que salvaguardan las otras previsiones sustantivas de la Convención. Sin embargo, no cualquier diferencia de tratamiento importará una violación de este Artículo. En vez, debe establecerse que otras personas en una situación análoga o similar en grado relevante, disfrutaban de tratamiento preferencial, y que no hay una razonable u objetiva justificación para dicha distinción...”.

“...76. La Corte nota que antes de ahora ha concluido que el Estado demandado no ha sobrepasado el margen de apreciación al no acordar reconocimiento legal al género transexual post-operatorio...”, toda vez que se demostró un justo balance entre la necesidad de salvaguardar los intereses de transexuales como los peticionarios y los intereses de la comunidad en general.

En definitiva, la Corte no tuvo por configurada ninguna violación, en los términos de dicha norma.

En “*X, Y and Z v. the United Kingdom*” (N° 75/1995/581/667, del 22/4/1997), a propósito del intento de un transexual de registrar como hijo al vástago de su pareja, la Corte observó que la ley inglesa definía al sexo de la persona con referencia a un criterio biológico en el momento del nacimiento, y que no aceptaba su variación desde una cirugía de reasignación; con lo cual el individuo transexual mujer a hombre, no tenía permitido casarse con una mujer. Y apreció que la actitud de cautela del Estado resultaba justificada, desde que era posible que la reforma que se perseguía pudiese tener ramificaciones indeseables o impensadas para los niños en la situación de Z.

Reiteró la inexistencia de un modo general de aproximación al problema compartido por las altas partes contratantes, en punto a cómo estas relaciones sociales deben reflejarse en la ley, e insistió en que el tema es materia de debate. Reobró sobre el estándar utilizado en “*Rees*” (p. 15, para. 37) y “*Cossey*” (p. 16, para. 40), en cuanto a que, ante el escaso nivel de acuerdo existente entre los estados miembros, la normativa parece estar en un estado de transición, por lo que cada país tiene un amplio margen de valoración, en un campo donde se mueven complejos problemas técnicos, legales, morales y sociales. No obstante considerar que en el caso se habían creado lazos familiares, teniendo en cuenta que X. no estaba privado en modo alguno de actuar socialmente como padre del niño Z., estimó que no había violación del art. 8, sin examinar la queja relativa al art. 14 (discriminación), por la íntima conexión existente con el tópico ya tratado.

Ahora bien, al hilo del criterio dinámico de interpretación establecido en los precedentes “*Rees*”, “*Cossey*” y “*Sheffield*”, el tribunal ha insistido en la idea de que la Convención es un cuerpo vivo, que debe leerse a la luz de las circunstancias de tiempo y lugar, según la evolución acaecida en lo social, jurídico y científico. Precisamente, esos son los patrones de los que se valió *in re* “*Christine Goodwin v. United Kingdom*” e “*I. v. United Kingdom*” (*application* N° 28957/95 y *application* N° 25680/94, respectivamente, ambos del 11/7/2002), para reevaluar el rango de apreciación librado a los Estados miembros, a la hora de fijar restricciones en sus ordenamientos internos.

Para tomar el más difundido de esos casos, en “*Goodwin*” la Corte de Estrasburgo tuvo por configurada la violación de los arts. 8, 12 y 14 del CEDH. Comenzó por tomar en cuenta los cambios de punto de vista ocurridos en torno a la transexualidad en el mismo Reino Unido, en Europa y fuera de ella (Canadá, Sudáfrica, Israel, Australia, Nueva Zelanda y Estados Unidos). Evocó las normas interpretativas de aproximación dinámica y evolutiva, que propenden a que los derechos se den práctica y efectivamente y no de modo teórico o ilusorio. Propuso, entonces, atender a la situación general reinante para evaluar, a su luz, cuál es la interpretación y aplicación adecuada de la Convención. Estimó ilógico que el Estado, no obstante admitir la realización de operaciones de cambio de

“R., M. de la C. c/ Registro Nacional de Estado y Capacidad de las Personas”

S.C. R. N° 90; L. XLIV

sexo, no se haga cargo de las derivaciones legales, negándose a autorizar la rectificación de los registros que hacen al estado civil, o la celebración de matrimonio con una persona del sexo de origen, o la posibilidad de ejercer los respectivos roles parentales. Sopesó los inconvenientes que una implementación acorde aparejará al sistema, sin encontrar que ellos sean graves ni insuperables.

“90... Como sea [acotó], la esencia misma de la Convención es el respeto por la dignidad y la libertad humanas. Bajo el Artículo 8 de la Convención en particular, donde la noción de autonomía personal es un importante principio que subraya la interpretación de sus garantías, la protección es dada a la esfera personal de cada individuo, incluyendo el derecho a establecer las particularidades de su identidad como ser humano individual (v., *inter alia*, *Pretty...*). Puesto que no hay factores significativos de interés público para sopesar en contra del interés de estos aspirantes en la obtención de reconocimiento legal para su género reasignado, ésto lleva a la conclusión de que el justo balance que es inherente a la Convención ahora se inclina decisivamente a favor de los actores...”.

Al rememorar la doctrina de *Rees, Cossey y Sheffield and Horsham*, reflexionó acerca de que, en esos casos, la inhabilidad para contraer matrimonio se sustentó en la conexión entre el derecho a casarse y las nupcias tradicionales de dos personas de sexos biológicos opuestos, como asimismo, en la idea de protección del matrimonio en tanto fundamento de la familia (*Rees...* p. 19, § 49).

“...98. Volviendo a ver la situación en 2002, la Corte observa que el Artículo 12 asegura el derecho fundamental de un hombre y una mujer a casarse y fundar una familia. El segundo aspecto –sin embargo– no condiciona al primero y la inhabilidad de cualquier pareja de concebir un hijo o de ser padres no puede remover *per se* su derecho a disfrutar la primera parte de esta previsión...”.

“...99. El ejercicio del derecho a casarse produce consecuencias sociales, personales y legales. Está sujeto a las leyes nacionales de los Estados Contratantes, pero las limitaciones que así se introduzcan no deben restringir o reducir el derecho de tal modo o en tal extensión que su esencia misma resulte deteriorada (ver fallos *Rees*, p. 19, § 50; *F. v. Switzerland* del 18 de diciembre de 1987, *Series A* N° 128, § 32)...”.

“...100. Es verdad que la primera sentencia refiere expresamente al derecho a casarse de un hombre y una mujer. La Corte no está persuadida de que a la fecha de este caso todavía pueda asumirse que esos términos refieran a una determinación de género puramente sobre criterios biológicos (como sostuvo Ormrod J. en el caso de *Corbett v. Corbett*, párrafo 21...). Ha habido mayores cambios sociales en la institución del matrimonio desde la adopción de la Convención, tanto como dramáticas alteraciones causadas por los desarrollos en medicina y ciencia en el campo de la transexualidad... La Corte también quiere hacer notar que el Artículo 9 de la recientemente adoptada Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, se aparta, sin duda deliberadamente, de la redacción del Artículo 12 de la Convención al remover la referencia a hombres y mujeres (ver párrafo 58 ...).”.

“...101...La peticionaria en este caso vive como una mujer, mantiene una relación con un hombre y desea sólo casarse con un hombre. Ella carece de la posibilidad de hacerlo. Desde el punto de vista de la Corte, puede por tanto reclamar que la esencia misma de su derecho a casarse ha sido infringida...”.

Ese cuerpo también hizo mérito del contexto jurídico-político del Reino Unido, haciendo notar que los jueces locales tendían a pensar que el tema podía manejarse mejor por vía legislativa, mientras que las oficinas gubernamentales no abrigaban ninguna intención actual de ingresar en ese cauce.

A su tiempo, en “*Karner v. Austria*” (*application* N° 40016/1998, del 24/7/2003 – *final* 24/10/2003), se avanza en el reconocimiento de la pareja homosexual, aunque en una esfera bien puntual. Allí, la Suprema Corte austriaca había desautorizado lo resuelto por los jueces de Viena en las anteriores instancias, estableciendo que el beneficio de subrogación en el arrendamiento por muerte de uno de los integrantes de la pareja conviviente abarcaba sólo a las parejas heterosexuales (sentencia del 5 de diciembre de 1996). Para ese tribunal, la noción “compañero de vida” (*Lebensgefährte*) contenida en la Sección 14(3) de la ley de locaciones, debía interpretarse al tiempo de la sanción de la norma, y la intención del legislador en 1974 no había sido incluir a personas del mismo sexo.

La Corte de Estrasburgo entendió que justificar el trato dispar con el

“R., M. de la C. c/ Registro Nacional de Estado y Capacidad de las Personas”

S.C. R. N° 90; L. XLIV

argumento de proteger a la familia tradicional comportaba un artificio pues, en los hechos, era posible arbitrar una gama de medidas para cumplir ese objetivo, sin que fuera menester negar esas mismas prerrogativas a los compañeros del mismo sexo.

Arguyó: “... 37. La Corte reitera que, a los fines del Artículo 14, una diferencia de trato es discriminatoria si no tiene una justificación objetiva y razonable, o sea, si no persigue un objetivo legítimo o si no guarda relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin que se busca realizar (ver *Petrovic*,... p. 586, § 30). Además, deberían esgrimirse razones de mucho peso antes de que la Corte pueda considerar una diferencia de trato basada exclusivamente en el sexo como compatible con la Convención... Como las diferencias basadas en el sexo, las que se fundan en la orientación sexual requieren razones particularmente serias como modo de justificación (v. *Smith and Grady*, ... § 90, y *S.L. v. Austria*, ... § 37)...”.

“...40. La Corte puede aceptar que la protección de la familia en el sentido tradicional es, en principio, una razón grave y legítima que puede justificar la diferencia en el tratamiento (ver *Mata Estevez v. Spain* [dec.], N° 56501/00, ECHR 2001-VI...). Pero queda por descubrir si, en las circunstancias de este caso, el principio de proporcionalidad ha sido respetado....”.

Si la distinción se origina en el sexo o en la orientación sexual – continuó–, se debe demostrar que hay un interés público, y que la categorización es necesaria para lograr ese designio. Finalmente, como el Estado no acreditó tales extremos, tuvo por verificada una violación del art. 14, tomado en conjunción con el art. 8 de la Convención de Roma (parágrafos 41 a 43).

En orden al alcance del predicho artículo 14, se ha señalado que en el pensamiento de la Corte de Estrasburgo la orientación sexual constituye una noción incorporada al ámbito de esa cláusula, cuya enumeración es sólo enunciativa (caso “*Salgueiro Da Silva Mouta v. Portugal*”). Por ende, la justificación de las distinciones basadas en esa circunstancia exige la concurrencia de razones de particular relevancia.

Más recientemente, este organismo de derechos humanos ha tenido oportunidad de pronunciarse específicamente sobre el criterio heterosexual como calificador del matrimonio. Así, en el año 2005, *in re* “*B. & L. v. United Kingdom*” (*app.* N° 36536/02 [13/9/2005]), aclaró que el “[a]rtículo 12 asegura el derecho fundamental de un hombre y una mujer a casarse y fundar una familia. El ejercicio de ese derecho da nacimiento a consecuencias sociales, personales y legales y el Artículo 12 expresamente prevé la regulación del matrimonio por parte de la ley nacional. Dadas las sensibles razones morales concernientes a la importancia de adherir a la protección de los niños y de alentar los ambientes familiares seguros, esta corte no debe apresurarse a sustituir –a través de su propio juicio– el lugar de las autoridades, que están mejor ubicadas para evaluar y responder a las necesidades de la sociedad...” (para. 36).

En “*R. and F. v. The United Kingdom*” (*app.* N° 35748/05 [28/11/2006]), al sentar sus conclusiones, reprodujo esa misma idea y agregó que “[e]n la ley doméstica el matrimonio sólo es permitido entre personas de género opuesto, sea que ese género derive de una atribución al tiempo del nacimiento o de un procedimiento de reconocimiento. Los matrimonios homosexuales no están permitidos. El Artículo 12 de la Convención, consagra de modo similar el tradicional concepto de matrimonio entre un hombre y una mujer (*Rees v. the United Kingdom, cited above*, § 49). Mientras es cierto que hay un número de Estados Contratantes que han extendido el matrimonio a las parejas del mismo sexo, ello refleja su propia visión del rol del matrimonio en sus sociedades pero (...) no fluye de una interpretación del derecho fundamental que formularon los Estados Contratantes en la Convención de 1950...”.

En definitiva, si bien los desarrollos jurídicos de la UE no vinculan a la República Argentina, lo dicho hasta aquí resulta orientativo en tanto denota que, dentro de ese prestigioso sector del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el matrimonio homosexual –como estatuto fundamental de implementación obligatoria para los ordenamientos internos–, no puede en modo alguno considerarse como *communis opinio*, quedando la regulación en el marco discrecional de los Estados miembros, según sus realidades intrínsecas.

“R., M. de la C. c/ Registro Nacional de Estado y Capacidad de las Personas”

S.C. R. N° 90; L. XLIV

–VI–

Establecido ello, cabe detenernos ahora en la contraposición que se invoca entre las normas del Código Civil en materia matrimonial y las de nuestra Carta Magna.

Ante todo, en este tema estimo aplicables las consideraciones vertidas en el punto IV en torno a la igualdad ante la ley y la no discriminación, remisión que me bastará para aconsejar, como lo haré, que se desechen los agravios esgrimidos sobre el particular.

En segundo lugar, el derecho de asociación es a mi entender francamente inatinerante, pues no se advierte por qué el diseño matrimonial vigente afectaría la posibilidad de que las recurrentes R. y C.V. formen o ingresen a una agrupación fáctica, persona jurídica u otro tipo de entidades. Además, el recurso no explica con la profundidad del caso la correlación entre dicha prerrogativa y el connubio. Y aun concediendo por hipótesis que el matrimonio sea meramente una más de las formas asociativas posibles, los imprecisos agravios de las actoras no refutan, desde la óptica del art. 14 de nuestra Carta Magna, la habilitación constitucional del legislador para regular –discrecionalmente y según los valores comunitarios prevalentes– este costado del particular instituto en debate.

Por otro lado, no alcanzo a percibir –ni lo devela la escueta referencia de fs. 224 segundo párrafo–, cuál es la relación directa e inmediata entre el derecho de admisión genéricamente invocado y la efectiva solución de la controversia (arg. arts. 3 inc. “e” de la Acordada CSJN 4/2007 y 14 inc. 3° de la Ley 48; doct. Fallos: 326:1663). Tampoco puede verse dónde reside la supuesta vulneración constitucional de una potestad cuya misma noción –según la ensayan en abstracto las interesadas– parecería descalificar la tesitura que defienden. En todo caso, el reenvío a los razonamientos expuestos en el punto IV y a los que explicitaré a continuación, despeja, a mi juicio, los únicos interrogantes de relevancia propuestos en el recurso.

Pues bien, dilucidada como quedó la cuestión planteada a nivel del

Derecho Internacional, resulta conducente observar que nuestra norma fundamental no parece traer, en cuanto al derecho a casarse, directivas expresas o implícitas sustancialmente diferentes. Justamente, cuando en 1994 hizo suyas las reglas de los pactos enumerados en su art. 75, la Constitución Nacional – que tampoco contiene una definición de matrimonio– actualizó una garantía cuya consistencia discrecional se examinó en el punto IV.

En ese contexto, no encuentro que nuestro sistema consagre una tutela nupcial tal como la entienden las peticionarias, toda vez que ella está, por de pronto, sujeta a la ley, sometimiento que emana del orden constitucional en razón de su misma naturaleza (Joaquín V. González: “Manual de la Constitución Argentina” actualizado, año 2001; p 54 n° 90). Así se encarga de advertírnoslo el art. 20, único que dedica al *ius connubii* un enunciado explícito, aunque secundario, al decir “[l]os extranjeros... pueden... casarse conforme a las leyes...”.

Es cierto que, como se vio en los puntos que anteceden, el acceso al matrimonio integra claramente el catálogo de los derechos humanos básicos; también lo es que el Poder Legislativo debe ceñir su cometido al perfil de ese derecho, conformándose al plan de la Carta Magna (art. 28; arg. Fallos: 326:2637, por remisión a lo opinado por esta Procuración; J. V. González, ob. cit., p 54 n° 91). Precisamente por eso, la labor de exégesis constitucional no puede emprenderse sin preguntarnos –como lo hicimos–, por el contenido esencial de aquella prerrogativa, en el que, desde luego, entronca el propio proyecto personal de vida, aunque inserto equilibradamente dentro de los valores e intereses generales de una sociedad determinada.

En concordancia con ello, si bien la libertad de elección del consorte le es consustancial, no resulta irrestricta. Además de los cotos formales y de salubridad, ese “otro” debe ser, por de pronto, una persona humana. También se requieren otras condiciones especiales, como la ausencia de ciertos grados de parentesco y la exclusividad, ámbito de restricciones al que también pertenece el requisito de género controvertido en autos.

El señalamiento que acabo de hacer se vincula con los conceptos que desarrolló esta Procuración en el dictamen de Fallos 321:92, donde se

"R., M. de la C. c/ Registro Nacional de Estado y Capacidad de las Personas"

S.C. R. N° 90; L. XLIV

recordó "...que la frustración de la libertad de consentimiento, es decir, de la posibilidad *de elegir el propio modelo matrimonial...* es una consecuencia del principio de supremacía del orden público sobre la autonomía de la voluntad de los particulares consagrado, por los arts. 19 y 21 del Código Civil –normas no atacadas por las partes–.... Y desde que el Tribunal ha sostenido reiteradamente que, en general, lo referente al régimen del matrimonio civil... hace al orden público interno (v. Fallos: 273:363; 307:1371 y 311:2247 punto 16, segundo párrafo), cabe concluir que, en ese ámbito la libertad no es absoluta y que, disposiciones legales vinculadas al matrimonio, no pueden quedar sometidas al arbitrio de los particulares...".

"...[la postura contraria] podría conducir ... de llevarse a su total desarrollo dialéctico, a la imposibilidad de legislar en materia de matrimonio civil por la inviabilidad de responder a todas las creencias ... Con lo cual el planteo formulado conduce, en última instancia, a cuestionar implícitamente, la facultad del Congreso Argentino de legislar en materia de matrimonio civil, tesis que ha sido rechazada por V. E. en la sentencia precedentemente citada (v. capítulo VII, ap. 2do. de este dictamen y más adelante lo dicho por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos)...".

La cita precedente, si bien no está referida al matrimonio homosexual, alude, sin embargo, a la cuestión medular que tenemos ante nosotros: lo que está en tela de juicio en esta causa es la potestad estatal de restringir la libertad de consentimiento en punto a la complementariedad sexual, por la vía del diseño matrimonial imperativo.

Ya hemos dicho que tal temperamento está autorizado por la normativa internacional de los derechos humanos. Y resulta –agregamos ahora– coherente con el funcionamiento de los derechos fundamentales en el área del Derecho de Familia. Esta rama jurídica –no obstante regular nexos de neto corte personal–, habida cuenta de la relevancia social de las realidades que contempla, sigue aún imbuida de una importante impronta publicista, máxime en lo que concierne al estado civil.

Desde ese ángulo, como se ha encargado de aclarar el *a quo*, no

puede discutirse que la sexualidad es un asunto que hace a la intimidad del individuo, quien posee la facultad de “estar a solas” sin injerencias estatales, mientras se trate de acciones privadas, consentidas y entre adultos (he ahí el espacio característico de una de las principales vertientes de la libertad). Empero, cuando esa facultad se exterioriza y actúa en el radio alcanzado por la norma, viene a operar el poder de policía estatal (doct. del art. 19 de la Constitución Nacional; J.V. González: ob. cit. p 59 a 63, esp. 60 primer párrafo).

En esa línea, la construcción de la forma institucional del *ius nubendii*, y el ingreso al estatus que de él se deriva, son mecanismos que no operan automáticamente a partir de la mera expectativa individual, desde que trascienden al círculo de lo colectivo. Se trata, en efecto, de un acto fundacional no sólo para los contrayentes sino para el Estado, dado que la existencia de éste reposa en la familia, como asiento primordial de la sociedad, y en el matrimonio, como una de sus fuentes históricas, con independencia del concepto que de ellos se tenga (arg. Fallos: 304:1139).

Los autores expresan al respecto que, mientras la convivencia en la esfera íntima está exenta de la autoridad de los magistrados, el connubio pertenece a una dimensión distinta: la dimensión institucional, originada con miras a la organización social a través de recaudos impuestos por el legislador, con el propósito de promover determinadas conductas o modelos de convivencia.

El Tribunal Constitucional español aporta en este tópico, algunas palabras esclarecedoras: “... las instituciones garantizadas son elementos arquitecturales indispensables del orden constitucional y las normaciones que las protegen son, sin duda, normaciones organizativas, pero a diferencia de lo que sucede con las instituciones supremas del Estado, cuya regulación orgánica se hace en el propio texto constitucional, en éstas la configuración institucional concreta se encomienda al legislador ordinario, al que no se fija más límite que el del reducto indisponible o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza. Por definición, en consecuencia, la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencia determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la

“R., M. de la C. c/ Registro Nacional de Estado y Capacidad de las Personas”

S.C. R. N° 90; L. XLIV

imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar” (STC 32/1981; STC 26/97).

Estimo, entonces, que no nos es dado pensar –como postulan las actoras– que el legislador haya infringido su poder de configuración, alterando el núcleo del derecho, ya que la ley se atuvo al diseño institucional al que responde nuestra norma máxima, cuya economía de garantías –reitero– no hace sino alinearse con los pactos internacionales a ella incorporados (v. punto IV).

De aceptarse estas premisas, deberemos concluir que no es éste el cauce para zanjar –como lo pretenden las recurrentes– las eventuales inequidades existentes, sin perjuicio de las soluciones que, para situaciones específicas fehacientemente demostradas, pudiere proveer el servicio de justicia, tal como V.E. lo ha hecho en Fallos 329:5266.

En definitiva, de lo dicho se sigue que la determinación del modelo matrimonial es un problema que excede el ministerio propio de la jurisdicción, para adentrarse en la actividad normativa de la Nación (arg. Fallos: 317:1505; 319:2617), en un nivel que no corresponde determinar en esta causa.

Dicha conclusión se impone también desde la perspectiva que ofrece la diversidad de situaciones planteadas y de soluciones adoptadas a nivel mundial que anoto en el Anexo A, y que da cuenta acabada de la indudable necesidad de un debate amplio que comprometa a la sociedad toda, superando la acotada esfera decisoria de los jueces.

–VII–

Justamente, ese recorrido por algunos aspectos salientes del inabarcable devenir internacional, permite rescatar tres hallazgos objetivos que, en mi parecer, deben aquilatarse con especial cuidado.

El primero de ellos es que la consideración del tema muestra un arco muy amplio: la mayoría de las sentencias provenientes de cuerpos colegiados no son unánimes, como tampoco lo son las soluciones que ofrecieron las diferentes instancias intervinientes. A su vez, puede afirmarse que dentro del variado

panorama del pensamiento actual, si bien –como lo dije en el punto III– la tesis que propugnan las peticionarias ha avanzado, todavía siguen siendo excepcionales los productos jurídicos que modificaron el rasgo universal de la complementariedad sexual.

El segundo dato es que, independientemente de su postura, los operadores que abordan el tópico hacen referencia obligada, ante todo, a la trascendencia institucional del matrimonio y, luego, a cuál es su fisonomía, tal como es asumida por cada comunidad.

El tercer elemento –vinculado por cierto con lo anterior– es que los sistemas legales y sociológicos comparados aceptan comúnmente que el carácter intersexual singulariza a este tipo de unión humana.

A partir de allí, reitero, el delicado conflicto traído a juzgamiento está lejos de una aproximación pacíficamente admitida: las divergencias que suscita aún permanecen abiertas en los más diversos niveles.

Exige, por ende, una labor interdisciplinaria. Y reclama, principalmente, un debate en el seno de nuestra sociedad que, estimo, no ha transitado los caminos indispensables antes de decidir si consagrará o no una reestructuración de enorme magnitud social y jurídica.

Tal es, en efecto, la dimensión del cambio, que llevó a juristas de sistemas dispares –el continental europeo y el *common law*– a interrogarse sobre su significación como alteración de la propia naturaleza jurídica del instituto, y sobre el cometido al que están llamados, en la emergencia, los distintos Poderes.

En todo caso, creo que la respuesta jurisdiccional no debe ignorar que el matrimonio, cualquiera sea la concepción que de él se tenga, afecta al tejido social y reviste un interés público relevante, con lo cual, toda mutación sustancial en su configuración no puede prescindir de la indispensable discusión pública. Con sus matices, éste ha sido un derrotero común en el Derecho comparado que reseño con algún detalle en el Anexo A.

Ya he aludido a la transformación que ha sufrido la visión socio-jurídica de la familia a partir del siglo pasado. También es innegable que nuestro

“R., M. de la C. c/ Registro Nacional de Estado y Capacidad de las Personas”

S.C. R. N° 90; L. XLIV

sistema ha experimentado una singular profundización en la vertiente de los derechos humanos, de la mano de la reforma del año 1994 y de los pactos internacionales dotados hoy de especial jerarquía.

Precisamente, en seguimiento de la guía insoslayable que representa dicha fuente, esta Procuración ha venido bregando acendradamente por la vigencia de aquellas prerrogativas fundamentales en clave optimizadora y progresiva. Ello no quiere decir, sin embargo, que se caiga en el olvido de una de las pautas inherentes a la vida republicana, cual es la división de Poderes.

En tal sentido, la consolidada enseñanza de la Corte nos orienta acerca de que la misión más delicada de la justicia es saber mantenerse dentro de la órbita de su competencia, sin menoscabar las funciones que incumben a otros poderes, lo cual es especialmente así cuando el Congreso de la Nación ejerce su elevada facultad de reglamentar los derechos reconocidos por la norma fundamental, coordinando el interés privado con el público. Y nos previene acerca de que el avance de un Poder llamado a sostener la vigencia de la Constitución, en detrimento de las potestades de los demás, comportaría una seria afrenta a la armonía y el orden general (arg. Fallos: 155:248; 241:291 [voto de los Dres. Araoz de Lamadrid y Oyhanarte]; 252:288 [voto del Dr. Araoz de Lamadrid]; 272:231; 302:232; 303:1409; 305:628; 308:2268 [disidencia del Dr. Belluscio]; 310:112, 1162 [voto de los Dres. Caballero, Belluscio y Fayt], 1401 [disidencia del Dr. Fayt]; 311:2580, 253; 312:156 [voto del Dr. Fayt] y 1725 [disidencia del Dr. Belluscio]; 316:2624, 2732, 2940; 317:126; 327:2048; 329:1723 y 3089 consid. 18).

Como correlato de esta directriz, V.E. remarca que no corresponde a los jueces sustituir al Parlamento, dado que el control de constitucionalidad no incluye la evaluación de la conveniencia, oportunidad o acierto del criterio adoptado por el legislador en la esfera de sus atribuciones, lo cual desvirtuaría el ámbito de reserva de los otros departamentos del Estado (Fallos: 300:700; 306:1074, 1597; 312:122, por remisión al dictamen de esta Procuración; 312:888; 320:1962; 323:3215; 329:3966; y opinión vertida en Fallos: 321:92).

Digo esto porque, como expliqué anteriormente, no he detectado una certera ofensa constitucional en la reglamentación del derecho cuya titularidad se

arrogan las peticionarias. Con lo cual, más allá de la idea que se tenga acerca de cuál es la mejor opción legislativa, se hace patente el carácter de este asunto, que conjuga múltiples y complejas facetas. Y donde campea una amplia gama de variables, cuyo manejo –opino– supera al cometido jurisdiccional para adentrarse en la factura misma de la política pública.

Pienso, entonces, que la judicatura debería actuar con suma prudencia, absteniéndose de formular reestructuraciones que, por su índole, demandan un amplio consenso, además de un previo estudio minucioso y abarcativo. Máxime que –como lo han verificado otros países en la práctica– una decisión positiva incidirá en distintos sectores de la realidad no sólo social, sino también jurídica; de manera que de optarse por una reforma la reconsideración integral del sistema legal familiar se convertiría en una verdadera exigencia, requiriendo la ejecución de acciones ajenas al cometido jurisdiccional (arg. S.C. G. N° 147, L. XLIV, “García Méndez, Emilio y Musa María Laura s/causa N° 7537, de fecha 2 de diciembre de 2008, consid. 6°).

En este sentido, es menester sopesar las consecuencias posibles de una decisión como la solicitada, que sólo aportaría una solución parcial a problemas mucho más vastos, como lo evidencian los precedentes que reseñé en el Anexo A (arg. Fallos: 313:532; 320:495). Es más, en casos como el presente, una salida fragmentada bien podría convertirse en una fuente de nuevos conflictos, por cierto difíciles de encauzar.

–VIII–

Finalmente, a modo de síntesis, cabe recordar que en el punto IV se ha verificado la postura del Comité de Derechos Humanos (ONU), voz altamente autorizada, en tanto organismo de monitoreo de uno de los instrumentos paradigmáticos en el andamiaje de los derechos humanos (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [PIDCP]). Esa comisión asume explícitamente que la restricción impugnada no entraña violación alguna, en los términos –entre otros– de los arts. 23 (derecho al matrimonio) y 26 (principio de no discriminación).

“R., M. de la C. c/ Registro Nacional de Estado y Capacidad de las Personas”

S.C. R. N° 90; L. XLIV

Al mismo tiempo, en aquel punto se ha determinado que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, al que adhiere nuestra Constitución, deja librada a la valoración de cada uno de los Estados la selección de este ángulo del modelo matrimonial.

A partir del tenor conclusivo de esas premisas, no creo menester estudiar ni los niveles de severidad aplicables en el escrutinio, ni los restantes argumentos volcados en el recurso extraordinario.

Del mismo modo, aquella constatación da por tierra con las alegaciones esgrimidas en torno al alcance del PIDCP. Y lo propio sucede con los restantes documentos internacionales de igual jerarquía, respecto de los que las interesadas argumentaron genéricamente sin lograr demostrar que sus cláusulas ameriten una interpretación disímil. Por lo demás tampoco han invocado las recurrentes que nuestra carta de derechos haya expandido la garantía respectiva más allá del concepto aludido por el Comité, hipótesis que, por otra parte, descartamos en el punto VI.

Así las cosas, adquiere plena virtualidad el canon acuñado por V.E. en el sentido de que la declaración de invalidez constitucional de un precepto comporta la más delicada encomienda dada a los tribunales de justicia, un acto de suma gravedad que debe pensarse como última *ratio* del orden jurídico (Fallos: 324:920, entre otros). Por ello, sólo ha de proceder frente a la convicción cierta de que la aplicación de la ley conculca el derecho o la garantía constitucional alegados (Fallos: 321:441 y su cita), lo cual, como dije anteriormente, no ocurre en la especie.

Asimismo, se desvanece la arbitrariedad acusada, pues se evidencia que el *a quo*, al abordar este controversial asunto, ha examinado los temas propuestos por las amparistas desde una de las perspectivas posibles, en compañía de tribunales, organismos y autores, tanto nacionales como foráneos.

Sin embargo, bien que el cauce elegido en autos no parece idóneo para solventar la problemática, creo necesario dejar a salvo que –más allá del debate puntual que nos convoca– ninguna solución sana ha de venir por la vía del desconocimiento de la realidad que viven estos conciudadanos.

La clarificación de su situación legal es una deuda que el sistema político-jurídico debe saldar. Ello, con el adecuado respaldo democrático, que no reposa ni en el apresuramiento, ni en la improvisación, sino en la iniciación de un profundo proceso en el que tenga lugar la discusión pública, con participación de todos los sectores, los aportes técnicos y el estudio de los antecedentes a nivel mundial; tal como lo reclaman la complejidad de la materia y la amplitud de sus proyecciones.

Acotado a ese marco, y dada la multiplicidad de aristas que ofrece la condición legal de la pareja homosexual –todas ellas inatendidas por la normativa vigente– entiendo que, de estimarlo conducente el Tribunal, sería conveniente llevar el problema a conocimiento de las autoridades correspondientes, haciendo uso –en lo pertinente– del mecanismo articulado por esa Corte en el precedente “Badaro” (Fallos: 329:3089, consid. 19). Pues, como lo sostuve en el dictamen emitido *in re* “Miguez” (S.C. M. N° 2230, L. LXL, en la que dictaminé con fecha 26 de junio de 2007), “...muchas veces el contenido de las sentencias expusieron a la ‘luz pública’ realidades sociales que, si bien existieron siempre, no fueron –por la causa que fuere– previstas [ni, agrego ahora, resueltas] por el legislador que entonces sí se vio compelido a considerarlas....”.

Con el alcance indicado, tenga V.E. por evacuada la opinión que se me solicita en la controversia.

Buenos Aires, 5 de agosto de 2009.

Es copia fiel

Esteban Righi