



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

S E N T E N C I A

//En la ciudad de La Plata, Capital de la Provincia de Buenos Aires, a los días del mes de mayo del año dos mil diez, se reúnen los Sres. Jueces del Tribunal Oral Criminal Nº 2 Dptal doctores CLAUDIO JOAQUIN BERNARD, LILIANA ELIZABETH TORRISI y CARMEN ROSA PALACIOS ARIAS, bajo la presidencia del primero de los nombrados, con el objeto de dictar sentencia conforme lo prescripto por el artículo 12 de la ley 7166 en la presente causa nro. 3604/D-2037 caratula-da "Dessio Veronica y Perez Carolina Paola s/ Amparo". Practicado el sorteo de ley, resultó que en la votación debía practicarse el siguiente orden: Dres. Palacios Arias, Bernard y Torrissi, por lo que el Tribunal resuelve plantear y votar la siguiente:

CUESTION

¿Corresponde hacer lugar a la acción intentada?

A la cuestión en tratamiento la Sra.

Juez Dra. Carmen Rosa Palacios Arias dijo:

Se presentan Verónica Dessio y Carolina Paola Pérez, con el patrocinio de la Dra. Sandra Lizarazu Caveros, promoviendo acción constitucional de amparo en contra del Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, por entender que ha mediado por parte de este último un accionar injusto, arbitrario e ilegítimo que cercena el pleno ejercicio de sus derechos constitucionalmente garantidos, en razón de habérseles denegado mediante Resolución Nro. 693 emanada del Director Provincial del Registro de las Personas, la solicitud de un turno para contraer matrimonio en razón de su orientación sexual. Peticionan asimismo, por constituirse en basamento del acto atacado, se declare la inconstitucionalidad de los arts. 172, 188 y normas concordantes del Código Civil de la Nación.

Invocan a esos fines, normativa de carácter constitucional nacional y provincial, como así también tratados internacionales, incorporados a nuestra legislación -con raigambre constitucional- mediante el art. 75 inc. 22. de la Const. Nac.

Pues bien. El derecho a contraer matrimonio por parte de dos personas del mismo sexo ha generado en el pasado y en la actualidad, arduas y diversas discu-



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

siones de índole jurídico, ético y religioso en nuestro país, sin dejar de mencionar la distinta suerte que ha corrido el reconocimiento del mentado derecho a través de distintos pronunciamientos judiciales.

Desde una perspectiva netamente normativa reconoce como antecedente a la institución de la unión civil, aprobada por las autoridades locales de algunos distritos, mediante la cual se reconocen determinados efectos jurídicos a partir de su inscripción en un registro, a la unión conformada libremente por dos personas con independencia de su orientación sexual, que hayan convivido en una relación de afectividad estable y pública, durante un determinado período de tiempo. Sin embargo, los beneficios que pueden otorgar las provincias, municipalidades y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires donde rigen, son limitados y de alcance estrictamente local.

Respecto del específico derecho de contraer nupcias, de acuerdo a la legislación actual de fondo, tal como se desprende de los arts. 172 y 188 del Código Civil no sería posible que pudieran celebrarse entre dos personas del mismo sexo.

Por su parte, la reforma constitucional de 1994, que ha ejercido una notable influencia en el derecho de familia, en razón de habersele otorgado a tratados internacionales jerarquía constitucional, prevén el citado derecho de contraer nupcias en los arts. 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el art. VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el art. 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el art. 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. A su vez dichos pactos afirman el derecho de toda persona de no sufrir discriminación de ninguna índole en razón de la religión, raza, color, sexo, etc.

De modo contrario a lo sostenido por las amparistas acerca del derecho a contraer matrimonio reconocido por dichos pactos internacionales, opina el destacado constitucionalista Germán Bidart Campos, quien expresara "...Los tratados que reconocen el derecho de casarse emplean expresiones aproximadas a ésta: derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio. Si bien no especifican que la fórmula significa casarse "entre sí", parece que no



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

USO OFICIAL - JURISDICCION ADMINISTRACION DE JUSTICIA

están imaginando el casamiento como un derecho de un varón con otro varón, ni de una mujer con otra mujer, sino de un hombre con una mujer; sería bastante rebuscado hurgarle otro sentido" "...Las valoraciones sociales que progresivamente llegan a no rechazar uniones que acusan diferencias con el matrimonio tradicional, no llegan a facilitar una interpretación constitucional que, sin norma alguna explícita, permita aseverar que es contrario a la Constitución no identificar las uniones homosexuales con el matrimonio" (Bidart Campos, Germán J. "Matrimonio y unión entre personas del mismo sexo", ED 164-178).

Por su parte, Graciela Medina afirma que "no corresponde autorizar a los miembros de las uniones de hecho homosexuales a contraer matrimonio, porque el matrimonio es una institución destinada a las parejas heterosexuales. Esta limitación no afecta el principio constitucional de la igualdad, porque la pareja homosexual es naturalmente distinta a la heterosexual, ni vulnera el derecho a la intimidad de los miembros de la pareja homosexual, en tanto ésta no está prohibida" (Medina, Graciela. "Uniones de hecho homo y heterosexuales - X Congreso Internacional de Derecho de Familia, celebrado en la

provincia de Mendoza, Rep. Arg.").

Como se advierte, las distintas opiniones antes transcriptas, las que representan una mínima expresión de la diversidad de las existentes, así como el texto de la normativa invocada, ponen de resalto que la cuestión medular -objeto de la presente acción de amparo-, resulta ser de una gran complejidad, no sólo por la institución misma del matrimonio cuyo reconocimiento se propugna, sino también en atención a las consecuencias jurídicas que a partir de su existencia se han de suceder.

Si la procedencia del amparo se su-
pedita a la existencia de conductas de ilegalidad o arbitrariedad manifiestas, resulta evidente que la vía del amparo no queda habilitada para cuestiones que requieran de mayor amplitud de debate o de prueba. (El Amparo. Régimen procesal. Augusto M. Morello y Carlos a. Vallefín. Pág. 38).

Advierto, que se procura a través de un remedio rápido y expedito, abordar una cuestión interpretativa de un plexo normativo y su aplicación a un caso concreto que superan el estrecho marco de la acción de amparo.

Más allá de la progresividad en el



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

USO OFICIAL - JURISDICCION ADMINISTRACION DE JUSTICIA

reconocimiento de derechos sociales, con prescindencia de géneros o diversidades sexuales, de todo ser humano en su condición de tal, aspectos que estimo reconocidos por el texto constitucional, la cuestión en debate muestra elevados índices de controversialidad, y se aprecian a su respecto diversas aristas doctrinarias y polémicas que tornan al objeto litigioso de una complejidad tal que hacen que sus argumentos no puedan tener lugar en el marco limitado de un amparo en el cual, según conocida jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha rechazado este remedio cuando la cuestión era compleja u opinable. (Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo, Causa Nro. 1014 "Y., E. A. c/Caja de Previsión y Seguro Médico de la Provincia de Buenos Aires s/Amparo).

Es pues en el ámbito legislativo, donde deberá debatirse y adoptarse la decisión de modificar la legislación de fondo en procura del reconocimiento de los derechos que persiguen las representantes. La media sanción por parte de la Cámara de Diputados de la Nación, al proyecto de ley que contempla la modificación de diversas normas del Código Civil y que reconocería el derecho a contraer

nupcias por parte de dos personas del mismo sexo, votada el día 04 del corriente, avala la postura que sostengo en el presente.

La decisión adoptada, no significa adelanto de opinión alguna sobre la cuestión de fondo, ni discriminación hacia la cohabitación estable de personas del mismo sexo, toda vez que dicha cuestión hace a la esfera de la intimidad, resguardada por el art. 19 de la Constitución Nacional.

Por todo lo antes expuesto, y por las razones invocadas, he de propiciar el rechazo de la acción intentada. (Arts. 43 de la Constitución Nacional, 20 inc. 2 de la Carta Magna Provincial, art. 1 y cc. de la ley 13.928).

Así lo voto (arts. 13 y 14 de la ley 13928).-

A la cuestión planteada el Sr. Juez Dr. Claudio Joaquín Bernard dijo:

Que debido al amor que se profesan y dada la relación de pareja que tienen las actrices decidieron contraer matrimonio. Relatan que las discriminan al no aceptar su vínculo matrimonial. Se



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

presentaron a la Direccion Provincial del Registro de las Personas a fin de solicitar una fecha para casarse, 15 de Diciembre del año 2009. La Direccion negó tal petición.

Alegan las accionantes que ni en la Constitución Nacional, ni en los Tratados Internacionales, ni en la legislación vigente existe una definición de familia limitada a la unión entre un hombre y una mujer.

Destacaron que solo pueden alegarse como motivos de oposición los establecidos en la ley y que en el art. 176 no se establece como impedimento que una mujer pueda contraer matrimonio con otra mujer.-

En síntesis, solicitan que se declare la inconstitucionalidad de toda norma que les prohíba contraer matrimonio.

Que a fs. 42/45 la Direccion Provincial del Registro de las Personas contestó la demanda, citando normas del Código Civil en especial el art. 188 en referencia a que el oficial público reciba la declaracion de tomarse por marido y mujer y pronunciara en nombre de la ley que quedan unidos en matrimonio.

Por tanto, el Estado Argentino no ha legalizado las uniones entre personas del mismo género. Que en otros terminos el art. 172 de la ley 23.515 habla expresamente de hombre y mujer como sujetos del matrimonio con lo cual ratifica la prohibición aludida.

Sabido es que nuestra Constitucional Provincial en su artículo 20 inciso 2º establece que : "La garantía de amparo podrá ser ejercida por el Estado en sentido lato o por particulares, cuando por cualquier acto, hecho, decisión u omisión proveniente de autoridad pública o de persona privada, se lesione o amenace, en forma actual o inminente con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta, el ejercicio de los derechos constitucionales individuales y colectivos. El amparo procederá ante cualquier juez siempre que no pudieran utilizarse, por la naturaleza del caso, los remedios ordinarios sin daño grave o irreparable y no procediese la garantía de Hábeas Corpus. No procederá contra leyes o contra actos jurisdiccionales emanados del Poder Judicial. La ley regulará el amparo estableciendo un procedimiento breve y de pronta resolución para el ejercicio de esta garantía, sin perjuicio de la facultad del juez



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

para acelerar su trámite mediante formas mas sencillas que se adapten a la naturaleza de la cuestión planteada. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto y omisión lesivos".-

También así lo establece la norma que rige en la material, ley 13,928, conforme lo reglado en su art. 3º que dice: "En la acción de amparo será competente cualquier Juez o Tribunal letrado de primera o única instancia con competencia en el lugar donde el hecho, acto u omisión cuestionados tuviere o hubiere de tener efectos. Cuando se interpusiera más de una acción por un mismo hecho, acto y omisión, entenderá el que hubiere prevenido".-

En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia: "El art. 210 inc. 2 párrafo segundo de la Constitución de la Provincia expresa que el amparo procede ante "cualquier juez" y su reglamentación legal precisa que "de primera instancia o de única instancia" (art. 3 de la ley 13.928, BO 11-II-2009...").-

SCBA, Ac. 106432 I 11-3-2009. Carátula Ríos Carlos A. c/Poder Ejecutivo s/Amparo Inc. de com. e/Juzg. Civil y Comercial Nº 3 de San Isidro

y Juzg. Civil y Comercial N° 13 de La Plata, Mag. votantes Genoud, Negri, Kogan, Pettigiani.

SCBA, Ac 107607 I 24-6-2009- Carátula C.N. s/Amparo Inc. de comp e/Juzgado de Garantías del Joven N° 2 de La Plata y Juzg. Correccional N° 2 de Morón. Mag. votantes Genoud, Kogan, Negri, Pettigiani.

Resultando indiscutida la jurisdicción de este órgano para intervenir en la causa de marras, se declara competente para resolver la acción incoada.-

Ello sentado, debe otorgarse acogida favorable a la admisibilidad de la presente acción de amparo, por entender este magistrado que se encuentran configurados los requisitos previstos por la norma constitucional de acuerdo a las siguientes consideraciones.-

El acto lesivo configurado en esta causa es la amenaza cierta, actual e inminente del derecho a la libertad e igualdad, vulnerando el pleno ejercicio de los derechos civiles, sin resolver el régimen jurídico de los peticionantes dentro del matrimonio.

Los requerimientos establecidos por



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

el artículo 20 inciso 2º de la Carta Magna Provincial, anteriormente transcripto, estatuye que la acción en tratamiento es conducente contra todo acto, hecho, decisión u omisión estatal o particular, que lesiones o amenace en forma actual e inminente con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, el ejercicio de derechos constitucionales individuales y colectivos.-

En primer término se debe abordar el concepto de acto lesivo en el presente caso. La norma ha previsto que el acto producido por el accionado lesione, restrinja o amenace los derechos y garantías explícita o implícitamente reconocidos en la Constitución, o en los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional.

Según lo explican autores de la talla de Morello-Vallefin en su obra "El Amparo, Régimen Procesal", "la lesión resulta un concepto amplio y abarcador, de los más específicos de restringir y alterar... la ley señala un amplio espectro del actual estatal (actualmente incluido el actuar particular) que orienta y procura la tuición más perfecta de los derechos amparados por la Constitución".-

Este es en sentido de la acción de

amparo, una tutela efectiva por parte del órgano judicial contra la lesión que veda el goce efectivo de las garantías y derechos constitucionales y debe entenderse que dicha tutela -contra el acto lesivo- lo es en forma amplia.-

Continúan diciendo los mencionados autores que: "Las amenazas de los poderes públicos interesan también al ámbito del amparo. Precisamente en razón del carácter amplio que conviene imprimirle, resulta obligado acoger el remedio jurisdiccional contra actos lesivos de futuridad inminente, o sea, cuando hay amenaza inmediata que debe resultar, por lo demás, cierta y grave. En tal caso, el temor, la zozobra y la duda son elementos que destruyen la seguridad jurídica de cada particular y debe suponerse que no hay íntegro goce cuando hay temor o limitación intimidante. En otras palabras, el temor provocante es la realización misma de la arbitrariedad tanto más censurable por la repudiable intención con la que se esgrime".-

En el mismo sentido lo expresan Germán Bidart Campos "Régimen Legal" y Fiorini Bartolomé "El recurso de amparo", citas hechas por los autores primeramente nombrados.-



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

Cabe aclarar que debe entenderse, atento las actualizaciones de las normas que legislan la materia, que cuando los autores citados refieren a la conducta estatal también debe incluirse al obrar particular.-

Así la jurisprudencia ha dicho: "Al referirse a los actos y omisiones de particulares susceptibles de dar lugar a la vía del art. 321 del CPCC, su inciso primero comprende, por un lado, aquellos actos u omisiones que produzcan un daño o perjuicio de cualquier índole (lesionar, restringir o alterar) el cual debe ser real, efectivo, tangible, concreto e ineludible. Por el otro, abarca también aquellos actos y omisiones que representen una amenaza de lesión. Para habilitar la presente acción, ese peligro debe ser cierto, efectivo, preciso y concreto; debe existir pues una relación lesivo y daño, cuya configuración debe no sólo tener vistos de certeza sino a la vez inminente producción ".
CC0002 47436 RSI-422.99 I 21-12-1991 Carátula Crisnejo Angel Enrique c/Banco Rio de La Plata S.A. s/Ampara. Mag,. votantes: Cabanas, Occhiuzzi-Mares.-

Mediante el proceso de amparo se tiende a salvar no sólo los derechos vulnerados en

el presente, sino también en el futuro, procediendo cuando los actos o decisiones constituyen una amenaza de lesión cierta e inminente, cuya entidad justifica el reclamo de la tutela judicial; vale decir, que actúa en principio ante la transgresión de un derecho pero también, en circunstancias especiales, cuando hubiera contra tal derecho una amenaza ilegal de tal magnitud que le pusiera en peligro efectivo e inminente. CC0001 QL 3677 RSI-671 I 15-5-2001, Juez Senaris (SD), Carátula. Cámara de Comercio Industria y Bienes c/Municipalidad de varela s/Acción de Amparo. Mag. votantes: Señaris, Busteros, Celesia.-

El instituto consagrado en el amparo tiene en miras la protección de un universo de derechos y garantías que no puede ni debe interpretarse en forma restrictiva; siguiendo la manda del artículo 33 de la Constitución Nacional que sostiene: "Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidas como negación de otros derechos y garantías no enumerados pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno". En el mismo sentido se pronuncia el art. 56 de la Constitución Provincial.-



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

Este es el principio rector que debe imperar en la concepción de la tutela que se ejerce a través del amparo, la protección no sólo de los derechos consagrados en la norma superior sino también en la salvaguarda de los derechos implícitos. Nuestra Carta Magna ha consagrado este artículo con el propósito de reconocerlos y conservarlos de los posibles de los posibles distintos abusos del Estado y de los particulares.-

La opinión doctrinaria al respecto es coincidente y unánime en estos conceptos y así lo manifiestan distintos autores: los citados Morello-Vallefín, que afirman que la tutela brindada por el amparo se extiende a los derechos y garantías explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución Nacional, un tratado o una ley; precepto que tiende, evidentemente a evitar cualquier hermeneútica cerrada, rigurosa.-

También concuerda Néstor Pedro Sagües en que cualquier derecho, cualquier pretensión material apoyada en la ley, en el contrato o en los principios generales de justicia, pueden ser tutelados por la vía del amparo.-

Es evidente que el remedio del ampa-

ro constituye una forma de preservar la supremacía constitucional y por tanto de dirimir su admisibilidad debe hacérselo en forma extensa. No existe derecho que no tenga fundamento constitucional. Esto surge de interpretar a contrario sensu el artículo 19 de la Constitución Nacional, ya que ningún habitante puede ser obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que no se prohíbe, por tanto si un acto estatal o particular obligara a una persona ilícitamente a realizar un acto al cual no está obligado o se lo privara de poder realizar aquél que no está vedado, contrariaría la manda constitucional.-

Sostiene Genaro Carrió que la inconstitucionalidad e ilegalidad son calidades compatibles. Restringir la vía del amparo, desconocer su procedencia en sentido amplio, es contrariar la lógica y el orden jurídico.

A todo lo expuesto debo agregar que corresponde declarar la cuestión en análisis como de puro derecho habida cuenta que no existen hechos controvertidos que ameriten, a mi juicio, la apertura a prueba. No se ha negado por parte del demandado ninguno de los hechos alegados por la actora y que



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

deba acreditarse con la producción de la prueba ofrecida, puesta ésta versa sobre hechos en los cuales ambas partes son coincidentes o sobre hechos que son públicos y notorios (art. 487 CPCC).-

En tal sentido se ha expedido nuestro más Alto Tribunal al señalar que "El remedio del amparo, no obstante su sumariedad, constituye un típico proceso, desde que una parte accionante reclama contra un acto de lesión constitucional, ante un tercero imparcial -juez- y frente a un sujeto responsable autor del evento ilegítimo. de aquí se sigue que, no obstante la urgencia propia de esta acción, le son plenamente aplicables las pautas que informan el principio de contradicción". SCBA L 77941 S 27-8-2003, Juez de Lázzari (SD) Carátula: Antonio Barillari S.A. c/Secretaría del Trabajo Prov. Bs. As. s/Amparo. Mag. votantes: de Lázzari-Salas-Kogan-Roncoroni-Genoud.-

"Para que sea procedente la apertura a prueba de la causa, es necesario que se hayan afirmado en los escritos postulatorios del proceso, hechos controvertidos entre las partes que sean conducentes para el progreso o el rechazo de las pretensiones hechas valer y que no medie prohibición

legal o innecesaria de producirla. De ahí que no sea admisible la prueba sobre los hechos no afirmados o cuando fueran pruebas ofrecidas manifiestamente improcedentes o superfluas o meramente dilatorias (arts. 357 y 362 CPCC). Si bien cabe extremar la cautela en esta materia, dado que por afán de evitar procedimiento probatorio superfluo se puede afectar el derecho de defensa en juicio (lo que aconseja, en caso de duda disponer la apertura a prueba), cuando la incertidumbre sobre la pertinencia no existe, siquiera en mínimo grado, debe declararse la cuestión como de puro derecho, desestimando una apertura a prueba que sólo obedece a actitudes caprichosas u obstrucciones". CC0001 SI 52247 RSI 39-90 I 15-2-1990 Carátula: Ferrari Luis José c/Aybar Teresa Ramona s/Desalojo por falta de pago. Mag. votantes: Montes de Oca-Furst-Arazi.

Ahora bien la parte dogmática de la Constitución se ha ampliado y enriquecido a través del art. 75 inc. 22 en la reforma del año 1994 que directamente confiere jerarquía constitucional a once instrumentos internacionales de Derechos Humanos. Con esto, nuestro Derecho Constitucional ha recepcionado expresamente una doble fuente para el siste-



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

ma de derechos, la propia interna y la internacional.

La fuente internacional, dice Bidart Campos en su obra Manual de la Constitución Reformada Tomo I, pág. 481, se nutre no solo de Tratados con jerarquía constitucional, sino que también los que no la poseen y versan sobre derechos humanos deben ser tenidos en cuenta por dos razones como mínimo A-) que por el mismo inc. 22 prevalecen por sobre las leyes, y B-) que siempre obligan internacionalmente a nuestro Estado y le adjudican responsabilidad internacional si en jurisdicción interna no se cumplen o se violan.

En referencia a los Derechos o Garantías vulnerados, como se ha mencionado, es el derecho a la libertad e igualdad previstos en los arts. 14, 16, 18 y 19, así como por los Tratados Internacionales equiparados a nuestra Carta Magna como ya expresé "ut-supra" mediante el art. 75 inc. 22 de nuestra Constitución Nacional.

Sucintamente como bien lo expresa la accionante, la libertad como derecho fundamental se encuentra protegido desde el mismo preámbulo de nuestra Constitución, que si bien no es parte inte-

grante del texto constitucional, es un valor tan preciado que numerosas normas de nuestra ley máxima la protegen y la amparan.

El otro valor en juego esgrimido por la accionante es la igualdad, es decir que todos los hombres y mujeres tengan el mismo status en cuanto personas que implica el ejercicio y goce de la totalidad de los derechos civiles.

Esto es así dado que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de nacer en determinado Estado, sino que tienen como fuente y fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual están protegidos tanto en el orden interno como justifican también una protección internacional complementaria de la que ofrece la legislación vigente interna de un país determinado.

Teniendo en consideración estas premisas básicas, solo puede realizarse en la vida una persona cuando es libre en sus elecciones, exentas de los perjuicios concebidos por sus iguales y creando las óptimas condiciones para gozar de todos sus derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos.

Bajo éstas ideas rectoras, debo ana-



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

lizar el "sub-examine", en que se niega la posibilidad de contraer matrimonio legal a dos personas del mismo sexo.

Dejando de lado la evolución histórica de la institución matrimonial, la que traspaso diversas etapas en donde existían preeminencias entre los integrantes de la pareja -basta recordar el pater familia del Derecho Romano- hoy en el siglo XXI admitir discriminaciones o rechazos por razones de sexo, raza, religión etc. resultan por demás deleznable y contrarias a la libertad de lección e igualdad que debe gozar toda persona.

La celebración del matrimonio, es a mi juicio, la constitución de la sociedad conyugal con todos los derechos y como contrapartida obligaciones que la normativa legal prevé para ésta institución.

No admitir a dos personas del mismo sexo someterse libremente a este "status" de casados, implica disminuirlos jurídicamente e aislarlos del orden normativo. Por otro lado, negar esta unión es contraria al derecho a la constitución y protección de la familia, elemento fundamental de la sociedad y a su vez recibir protección para ella.

En otras palabras, la solución al caso ciniéndose exclusivamente a la letra de los arts. 172, 188 y c.c del Código Civil resulta a todas luces discriminatorio y carente del sentido de igualdad.

Al respecto Fayt afirmó "...que existen categorías o grupos sociales respecto de los cuales no resulta apropiada la presunción general en favor de la constitucionalidad de las leyes y de los actos administrativos, cuando ellos los afectan en sus libertades básicas. Este es el sentido esencial que se le debe otorgar a lo que se ha dado en llamar el "derecho de las minorías", consagrado expresamente en constituciones modernas y que se induce de diversas disposiciones de la nuestra como los arts. 16 y 19 de la Constitución Nacional".

La mutación de la legislación ante los cambios que experimenta una sociedad es demasiado lenta. Efectuando un brevísimo racconto de nuestra historia vemos que producida la Independencia durante los primeros cincuenta años existieron pocos intentos de secularizar el instituto en la Provincia de Buenos Aires, donde en el año 1824 se sometieron a los Tribunales Civiles las causas matrimoniales



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

mediante ley que no llegó a aplicarse, dada la resistencia que existía. En 1867 durante la gobernación de Nicacio Orona se sancionó en la Provincia de Santa Fe una ley que estableció el matrimonio civil. La resistencia también fue inmediata. Fueron excomulgados Orona y los legisladores que intervinieron.

Velez Sarfield se abstuvo de introducir en el Código la secularización del matrimonio, que no se logró hasta el año 1888. Lento también fue el cambio hacia la igualdad de los cónyuges. Sucesivas leyes fueron reduciendo las potestades maritales.

Nuestro Código Civil distinguía entre hijos legítimos, ilegítimos (naturales, adulterinos, incestuosos, sacrílegos). En este tópico los cambios fueron profundos. Pero también hay que tener en consideración que los cambios no siempre han tenido un origen estrictamente legislativo.

La justicia ha instaurado cambios que se adelantaron a los momentos legislativos (por ejemplo, la creación pretoriana de la acción de amparo). Esto ha sucedido también con el divorcio vincular. Solo tras el fallo de la Corte Suprema en el

caso "Sejean (Fallo 308:2268)" la ley 23.515 estableció un cambio importante en la regulación del matrimonio civil.

Que la evolución demarcada no permite inferir la idea de un significado "natural o recto" y por lo tanto no influenciado por los momentos históricos en que se susciten.

Parafraseando a Petracchi "...la familia ha adoptado las mas variadas formas, como nos lo enseña la antropología y la historia, ya que si bien la familia es universal e igual que todas las instituciones, es un producto social sujeto a cambios y modificaciones".

Por todo lo reseñado, convalidar el matrimonio entre personas del mismo sexo no viene a crear una realidad, sino a reconocerla. Negar esta situación es ir demasiado lejos y, retomando épocas oscurantistas, no regularla jurídicamente es crear una "capitis diminutio" hacia éstas personas.

En ésta intelección considero inconstitucional los arts. 172, 188 y c.c del Código Civil que establece para la confección del matrimonio el citado art. 172 "Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consenti-



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

miento expresado personalmente por hombre y mujer ante la autoridad competente para celebrarlo".

Esta norma entra en conflicto evidente con los Tratados Internacionales que expondré a continuación, pero desde ya advierto que ni de la Constitución Nacional, ni de los Tratados Internacionales surge una definición del termino "familia" que limite la aceptación de dicho termino a la unión de un hombre y una mujer. Tampoco existe prohibición expresa o tácita al matrimonio entre personas del mismo sexo.

Es dable entender entonces, que cualquier norma de menor jerarquía que contrarie o limite discriminando en cuanto orientaciones y preferencias sexuales deviene a todas luces inconstitucional.

En este orden de ideas la Declaracion Americana de Derechos y Deberes del Hombre en el Capítulo Primero, el art. III establece que todas las pesonas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en ésta declaracion sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna.

En la Declaracion Universal de Dere-

chos Humanos tanto en el artículo dos como en el séptimo, se consagra la plena libertad e igualdad entre personas y en referencia al matrimonio en su art. 16 establece que "Los hombres y las mujeres a partir de la edad nubil, tienen derecho sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia y disfrutar de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio".

Como bien sostiene la accionante, el artículo no habla de hombres "con" mujeres sino del derecho de los hombres "y" las mujeres. Existen dos terminos coordinados con una conjunción copulativa.

Y por último, de los principios de Yogyakarta que son principios que se refieren a la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relacion con la orientación sexual y la identidad de género, surge que todos los derechos humanos son universales, complementarios, indivisibles e independientes y que la orientación sexual y la identidad de género son esenciales para la dignidad y humanidad de cada persona y no deben ser motivo de discriminación o abuso.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

Es entonces que la aplicación lisa y llana de los arts. 172, 188 y c.c del Código Civil contraria en forma palpable el espíritu de todos los Tratados Internacionales mencionados, limitando en forma notoria el status jurídico de éstas personas y apartandolas de una seguridad jurídica constituyendo un hecho de gravedad debido a la magnitud del bien jurídico tutelado que es la libertad e igualdad ante la ley, conf. arts. 16 y 19 de la Constitución Nacional, por cuanto el reclamo de la accionante resulta justificado sobradamente, debe hacerse lugar a la presente acción de amparo.-

Así lo voto (arts. 13 y 14 de la ley 13928).-

A la cuestión planteada la Sra. Jueza Dra. Liliana Elizabeth Torrisi dijo:

Adhiero al voto de mi colega preopinante y agrego: el debate generado en torno a la posibilidad de la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 172, 188 y c.c. del Código Civil, nos obliga a tomar postura frente a un tema que se ha instalado desde tiempo atrás en la sociedad Argenti-

na.

Existen serios estudios sociológicos que no podemos desconocer quienes resultamos operadores del Derecho -excepto que formemos parte de aquellos que entienden que la tarea jurisdiccional consiste lisa y llanamente en aplicar el texto rígido de la ley, postura ésta que respeto, pero no comparto- que nos informan acerca de la profunda transformación que ha experimentado el concepto de familia, y sin lugar a dudas incluye ésta metamorfosis social al matrimonio.

La cuestión entablada nos obliga a reflexionar acerca de la naturaleza jurídica del matrimonio. Contraer matrimonio y fundar una familia resulta libertades individuales fundamentales protegidas por nuestra Constitución y los Tratados Internacionales de los que la Argentina es parte, al igual que la libertad de expresión, la propiedad, la libertad de culto, etcétera.

Resultando en consecuencia el casamiento una elección vital de todo ser humano, por cuanto la posibilidad de acceder al mismo se encuentra garantizada, a todos los individuos por igual, como derecho inalienable y así expresamente



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

consagrado por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Europea, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y resulta parámetro indiscutido en el conjunto de las Constituciones occidentales modernas.

Por lo tanto, si entendemos que ésa es la naturaleza jurídica del matrimonio, impedirlo entre personas de igual sexo, sería lisa y llanamente discriminatorio y a todas luces contrario a los principios que emanan de la Constitución y los Pactos Internacionales.

¿Constituye la diferencia de sexos una condición necesaria para la celebración del contrato nupcial? estimo que la respuesta a ésa pregunta necesariamente debe ser negativa, si se considera al matrimonio como una institución laica y civil. Desde el punto de vista religioso podrá tener otras fundamentaciones, tales por ejemplo como la procreación, pero éstos supuestos pertenecen a una esfera meta jurídica y se encuentran por fuera de la cuestión estrictamente legal.

Tal como toda Institución humana el matrimonio se ha ido reconstruyendo históricamente; basta someramente recordar el matrimonio romano or-

ganizado sobre la base de un "pater familias" en el que la mujer se encontraba totalmente bajo la tutela de su marido; luego en la edad media la supremacía del matrimonio religioso y finalmente con el advenimiento de las ideas liberales que trajo aparejada la Revolución Francesa se comenzó a imponer la idea de un matrimonio secular, despojado de su naturaleza religiosa.

El Derecho Liberal moderno puso fin a la idea de un matrimonio religioso e instauró la noción del consentimiento como causa y legitimación del contrato nupcial, organizado como un conjunto de derechos y deberes aceptados de común acuerdo por los contrayentes, y no por la gracia de Dios, sino por el poder del Estado para tutelarlos.

En consecuencia para las sociedades democráticas modernas ni la procuración, ni la ley natural, ni la liturgia, ni el rito, ni la costumbre, ni la tradición, pueden representar argumentos valederos jurídicamente para impedir que se celebre el contrato matrimonial entre personas de un mismo sexo.

Así, el Derecho no puede supeditarse a quienes conservan este sentimiento histórico res-



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

pecto del matrimonio y debe ajustarse a un concepto moderno del Instituto, por la simple y fundamental razón de que el Estado Argentino a través de su constitución y los Tratados a los que adhirió y cuyos principios proclama permanentemente frente a todos los foros internacionales, no puede apartarse en éste punto de esos presupuestos que deben ser rectores de la legislación en su conjunto y privar a un grupo determinado de personas del acceso igualitario a la Institución Civil del matrimonio, entendido como conjunto de derechos y deberes y despojado de toda connotación histórica, religiosa o filosófica; Ello implicaría una mengua a la libertad, a la no discriminación y a la igualdad.

En otras épocas existían prohibiciones al matrimonio entre personas de diferentes etnias, religiones, razas o grupos sociales, circunstancias todas ellas que hoy resultan sin duda repugnantes y combatidas legalmente por cualquier Estado moderno y democrático. Reivindicaciones tales como la igualdad en las filiaciones, el divorcio, la patria potestad compartida y el trato igualitario de la mujer en la institución matrimonial se han impuesto en nuestras leyes civiles, no sólo por haber

sido en su momento un reclamo social, sino en razón de que la Argentina forma parte en el contexto mundial de los países que proclaman la libertad e igualdad mas absoluta entre sus habitantes y el irrestricto ejercicio de esos derechos por todos ellos, sin que puedan invocarse para distinguirlos razones de sexo, raza, religión, origen de su nacimiento, etcétera.

No tengo duda alguna, que el acceso al contrato matrimonial representa una forma de ejercicio de esos derechos y que por ende no puede restringirse el mismo a personas de igual sexo, de la misma manera que la ley no podría restringir la posibilidad del matrimonio a quienes por alguna razón no puedan procrear, a quienes superen determinada edad, o imponer como condición de validez la procreacion, ejemplos que sin lugar a dudas resultan disparatados, pero que en estricto sentido podrían equipararse a la prohibición que nos ocupa.

No encuentro en consecuencia razón de validez constitucional que se imponga para admitir la prohibición de la celebración del contrato matrimonial entre personas del mismo sexo, entiendo en consecuencia debe declararse la inconstituciona-



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

lidad de los arts. 172, 188 y c.c. del Código Civil.

Así lo voto (arts. 13 y 14 de la ley 13928).-

En mérito al resultado de la votación de la cuestión en tratamiento:

EL TRIBUNAL RESUELVE POR MAYORIA:

I.-HACER LUGAR A LA ACCION DE AMPARO INTERPUESTA POR LAS AMPARISTAS.

II.- DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTS. 172, 188 Y C.C. DEL CODIGO CIVIL.-

III.- ORDENAR A LA DIRECCION PROVINCIAL DEL REGISTRO DE LAS PERSONAS QUE SE EFECTUE EL MATRIMONIO ENTRE DESSIO VERONICA Y PEREZ CAROLINA PAOLA, CON COSTAS.

A tal fin, líbrese el mandamiento del caso (arts. 13 y 14 de la ley 13928).-

REGISTRESE. NOTIFIQUESE.-

USO OFICIAL - JURISDICCION ADMINISTRACION DE JUSTICIA

Ante mí:

En la fecha se libraron mandamiento y cédulas,
conste.-