



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

*"FREYRE ALEJANDRO CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)" , EXPTE:
EXP 34292 / 0*

Ciudad de Buenos Aires, 10 de noviembre de 2009.

Y VISTOS; CONSIDERANDO:

I. Que debido al amor y la admiración mutua que se profesan, y luego de cuatro años de vivir en pareja, los actores decidieron contraer matrimonio. Relatan que se conocieron en Mar del Plata, en marzo de 2005, en el marco de un encuentro en que actuaron como coordinadores. El 22 de abril de 2009 se presentaron ante el Registro Nacional de Estado Civil y Capacidad de las Personas de la calle Uriburu 1022, a fin de pedir una fecha para casarse. El Registro denegó su petición debido a que había un impedimento, ambos son hombres.

Entonces, Alejandro Freyre y José María Di Bello, con el patrocinio de la doctora Lorena Gutiérrez Villar, promovieron acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires con el objeto de que se ordene a las autoridades correspondientes que se les permita contraer matrimonio y que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 172, 188 y concordantes del Código Civil.

Alegaron 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 (v. fs. 10).

Destacaron que sólo pueden alegarse como motivos de oposición los establecidos en la ley, y que en el artículo 176 no se establece como impedimento que un hombre pueda contraer matrimonio con otro hombre (v. fs. 14).

Indicaron que la única norma del ordenamiento positivo nacional que exige en forma manifiesta la diversidad de sexo de los contrayentes es el artículo 188 del Código Civil en cuanto establece que "[e]n el acto de celebración del matrimonio, el oficial público leerá a los futuros esposos los artículos 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...".

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

Fundaron su pretensión en derecho, doctrina y jurisprudencia, ofrecieron prueba e hicieron reserva del caso federal.

II. Que, a fs. 31/43 vta., el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires contestó la demanda. Sostuvo que la acción de amparo no era la vía apropiada, por cuanto no era el medio judicial más idóneo para dilucidar la cuestión.

Señaló que los actores no identificaron cuáles eran las concretas conductas u omisiones manifiestamente arbitrarias o ilegítimas del Gobierno supuestamente lesivas de sus derechos constitucionales.

Indicó que se limitaron a describir normativa legal, constitucional e internacional, sin expresar cuáles son, en la especie, las que se hallarían incumplidas o violadas por el Gobierno. En su criterio, la demanda resulta genérica, imprecisa y "no ajustada a la realidad" (v. fs. 33vta.).

Manifestó que debido a su alta complejidad, el tema traído a juicio requiere mayor amplitud de debate y prueba, y que la presentación de los actores carece de sustrato probatorio.

Sostuvo que la denegatoria a otorgar un turno para contraer matrimonio se basa en la imposibilidad jurídica generada por las normas que regulan el instituto.

Justificó la actuación de las autoridades del Registro afirmando que *“el cumplimiento de una obligación legal por parte de la autoridad administrativa, no puede constituir como ilícito ningún acto (doctrina del art. 1071 del Código Civil)”* (v. fs. 33vta.).

En consecuencia, aseveró: *“La pretensión amparista parece desconocer que para emitir un acto administrativo de cognición que constate o certifique un matrimonio entre personas del mismo sexo es menester que, previamente, la Administración decida la inaplicación de normas legales: los art. 172 y 188 del Código Civil (Ley 340 modificado por Ley 23.515)”* (v. fs. 34vta.). Al respecto, afirmó que la Administración local carece de competencia para ejercer funciones judiciales —a fin de declarar la inconstitucionalidad de ambos artículos—, y que tampoco puede decidir sobre materias que, atento lo prescripto por el artículo 75, inciso 12, de la Constitución Nacional, son de competencia exclusiva del Estado Nacional.

Indicó que si el Gobierno hubiera otorgado el turno solicitado, la falta de uno de los elementos formales —la diversidad de sexos— habría concluido en la inexistencia del matrimonio.

En su criterio, resulta notorio que la acción interpuesta procura utilizar al Poder Judicial para interferir en las potestades conferidas al Congreso Nacional y que la decisión de modificar el Código Civil es privativa y exclusiva del Poder Legislativo. De lo contrario, dijo, se afectaría el principio de división de poderes. Indicó que la pretensión de los actores se dirige a que el Poder Judicial fiscalice la oportunidad, mérito y conveniencia de una decisión adoptada por el Congreso, en el marco de su competencia constitucional.

Informó que la oficial pública a cargo del Registro Civil de la calle Uriburu ofreció a los actores la alternativa de la unión civil (ley 1.004), régimen jurídico que les permitiría concretar la aspiración de formar una familia (v. fs. 38).

Señaló que para fundamentar la inconstitucionalidad de las normas cuestionadas es preciso que se acredite con veracidad comprobada el derecho o garantía constitucional cercenado. En su criterio, los actores no demostraron que las normas cuestionadas ocasionen lesión o daño a alguna garantía constitucional.

Manifestó que no existe discriminación alguna, puesto que los actores no han acreditado hallarse en la misma situación fáctica y jurídica que el resto de las personas que han decidido contraer matrimonio conforme a la legislación vigente. En su criterio, el principio de igualdad no requiere tratar a todos los individuos de igual manera, sino sólo a los iguales. Agregó que la igualdad garantizada por la Constitución es la igualdad ante la ley, por lo que la diversidad de circunstancias justifica los diversos tratamientos legales. En su criterio, la discriminación alegada por los actores no resiste el menor análisis (v. fs. 41).

Acusó a la parte actora de *“deformar”* la regulación normativa prevista en los pactos internacionales, porque si bien el Pacto de Derechos Civiles y Políticos garantiza la eliminación de todo tipo de discriminación y el derecho de hombres y mujeres a contraer matrimonio y formar una familia, esto no implica facultar a personas del mismo sexo a hacerlo (v. fs. 38/38vta.).

Concluyó que el planteo de inconstitucionalidad debía ser rechazado atento a que los actores no probaron que las disposiciones del Código Civil —por ellos impugnadas— afectasen el derecho a la igualdad o fueran discriminatorias.

III. Que teniendo en cuenta las afirmaciones de la demandada, parece menester recordar que el artículo 75, inciso 12, de la Constitución Nacional diferencia la atribución de dictar normas de derecho común y de derecho federal —a cargo del Congreso Nacional— de la atribución jurisdiccional para resolver conflictos sobre la primera de esas materias, a cargo de los estados locales. En concordancia con los artículos 5º, 116, 122 y 129 de la Constitución Nacional, las provincias y la Ciudad de Buenos Aires se reservan la aplicación de la ley común por sus respectivos tribunales locales.

El artículo 116 de la Constitución Nacional no es más que un explícito refuerzo de la mencionada directriz, esencial de la forma federal que la Argentina adoptó para su gobierno, desde el momento en que la competencia de la Corte Suprema y los demás tribunales inferiores de la Nación se extiende al conocimiento y decisión de todas las



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“FREYRE ALEJANDRO CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)” , EXPTE: EXP 34292 / 0

causas que versen sobre puntos regidos por las leyes nacionales, *“con la reserva hecha en el inciso 12 del artículo 75”*.

Tal reserva fue introducida por la Convención de 1860, con el deliberado propósito de impedir que las provincias carecieran de jurisdicción en las materias a que dicha norma hace referencia. Luego de la reforma de 1994, la Ciudad de Buenos Aires goza de las mismas facultades jurisdiccionales inherentes al concepto jurídico de autonomía.

En ese sentido, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires dispone en su artículo 106 asignar a su Poder Judicial *“el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por esta Constitución, por los convenios que celebre la Ciudad, por los códigos de fondo y por las leyes y normas nacionales y locales...”*.

Según la ley 189 *“se considerarán autoridades administrativas de la Ciudad de Buenos Aires la administración pública centralizada, desconcentrada y descentralizada, los órganos legislativo y judicial de la Ciudad de Buenos Aires en ejercicio de la función administrativa y los entes públicos no estatales o privados en cuanto ejercen potestades públicas otorgadas por las leyes de la Ciudad”* (art. 1º); y *“Son causas contencioso administrativas a los efectos de este Código, todas aquellas en que una autoridad administrativa, legitimada para estar en juicio, sea parte, cualquiera que sea su fundamentación u origen, tanto en el ámbito del derecho público como del derecho privado. La competencia contencioso administrativa es de orden público”* (art. 2º).

Recientemente el Superior Tribunal de la Ciudad, en voto de Ana María Conde, Luis Francisco Lozano y José Osvaldo Casás, en una sentencia referida al juzgamiento de delitos creados con posterioridad a la ley 24.588 (desarmado y venta de autopartes) recordó *“la regla general según la cual asisten a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como propias, todas las facultades no delegadas a la Nación en el texto de la Constitución Nacional ni retenidas o conservadas por el gobierno federal”*. Añadió que si bien pudo sostenerse en alguna oportunidad que los poderes del gobierno central habían sido delegados por las provincias por ser éstas históricamente preexistentes a la organización nacional, tal criterio puramente cronológico no se ve convalidado por el hecho cierto de que existen nueve (9) estados provinciales que adquirieron dicho estatus después de suscripto el Pacto Constitucional originario. Con ello, abandonado el criterio puramente cronológico, debe concluirse que las provincias y la Ciudad de Buenos Aires se encuentran en situación de igualdad, con equivalente representación en la instancia federal del Senado (ver voto en disidencia de Zaffaroni, en Fallos: 330:5279) y con la única restricción que puede derivarse, para la Ciudad de Buenos Aires, de ser asiento de los poderes federales.

Luego, de modo contundente, han afirmado que *“desde una concepción de Estado basada en el principio de soberanía popular y en la forma republicana de gobierno, los estados locales delegantes no concurren a esa delegación con poderes reconocidos como propios en sentido estricto, sino como resultantes de un aporte de los individuos a quienes representan. Desde esta perspectiva, no caben dudas acerca de que el ‘pueblo’ – cuya soberanía constituye uno de los principios fundamentales de la CN y base de los poderes que ejercen las autoridades que establece – es tanto el que reside en las Provincias, como el que lo hace en la Ciudad de Buenos Aires. Negar facultades propias de los estados locales a esta Ciudad importa negar la igualdad entre pares; esa igualdad que exige reconocer iguales gobiernos para personas iguales y con idénticos derechos a los de sus vecinos”* (“Ministerio Público –Fiscalía ante la Cámara con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas 1 – s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Incidente de incompetencia en autos ‘NN s/ inf. art. 00 –presunta comisión de un delito–’”. Exp. 6397/09, del 27/08/09).

Tratándose en el caso de una acción de amparo interpuesta para cuestionar una decisión del Registro Civil de la Ciudad, de acuerdo al marco constitucional y legal detallado, resulta indudable la competencia del tribunal para resolver en el *sub examine*.

IV. Que respecto a la procedencia de la vía, si bien la acción de amparo no está destinada a reemplazar los medios ordinarios para la solución de controversias, su exclusión por la existencia de otros recursos no puede fundarse en una apreciación meramente ritual e insuficiente, ya que la institución tiene por objeto una efectiva protección de derechos más que una ordenación o resguardo de competencias (Fallos: 320:1339, 2711; 321:2823; 330:5201, entre otros).

En el caso, la defensa de la demandada vinculada con la improcedencia de la vía escogida no ha sido debidamente sustentada. Entonces, la acción de amparo resulta admisible atento a que su empleo no reduce las posibilidades de defensa de las partes en cuanto a la extensión de la discusión y de la prueba (Fallos: 320:1339 y 315:2386). Nótese que el Gobierno se limitó a proponer sólo un oficio al Registro Civil, el que fue ordenado y contestado, según las constancias del expediente (fs. 62 y 69).

En conclusión, los argumentos de orden fáctico y procesal esgrimidos no tienen entidad suficiente para dilatar el control de constitucionalidad que constituye la primera y principal misión de los tribunales (confr. arg. de Fallos: 318:1154; 323:2256).

V. Que una interpretación que llevara al extremo la no justiciabilidad de las decisiones del Congreso, por un lado anularía el diálogo de poderes que la propia Constitución sustenta, mediante el cual cada uno de ellos encuentra, en su interrelación con los otros, la fuente de sus propios límites y una buena orientación general en las políticas de Estado, y por otro lado, podría producir el desamparo de los ciudadanos que pertenecen a minorías, al quedar sujetos a lo que decidieran mayorías circunstanciales (Fallos: 330:3160, voto de Lorenzetti, Fayt y Argibay).

Los ejemplos de errores históricos en que la mayoría ha decidido son evidentes y bastan para refutar la supuesta intromisión en la división de poderes. A tal efecto alcanza con reflexionar sobre la legislación que, presumiendo de su carácter “universal”, negó durante décadas el derecho a voto de las mujeres en nuestro país.

La Corte Suprema ha subrayado el grave defecto de interpretación en que incurren los tribunales cuando en sus decisiones no otorgan trascendencia alguna a una condición de base para la sociedad democrática, cual es la coexistencia social pacífica. La preservación de ésta asegura el amparo de las valoraciones, creencias y estándares éticos compartidos por conjuntos de personas, aun minoritarios, cuya protección interesa a la comunidad para su convivencia armónica. La renuncia a dicha función traería aparejado el gravísimo riesgo de que sólo aquellas valoraciones y creencias de las que participa la mayoría de la sociedad encontraría resguardo, y al mismo tiempo, determinaría el desconocimiento de otros no menos legítimos intereses sostenidos por los restantes miembros de la comunidad, circunstancia ésta que sin lugar a dudas constituiría una seria amenaza al sistema democrático que la Nación ha adoptado (arts. 1 y 33, CN) (confr. Fallos: 329:5266).

VI. Que, sentado lo expuesto y frente a las posiciones enfrentadas de las partes acerca de si la denegación ocasiona o no un agravio constitucional, cabe examinar si la restricción al derecho a contraer matrimonio protegido por la legislación nacional y los pactos internacionales reconocidos por el artículo 75, inciso 22, de la Ley Suprema, a la luz de una hermenéutica constitucional de los textos normativos en juego, resulta legítima.

La medida estatal impugnada impide a los actores disfrutar de los derechos de que son titulares las parejas que acceden al matrimonio. Por ejemplo, ventajas tributarias a la pareja —y a sus miembros considerados individualmente—, derechos de herencia y pensiones, privilegios testimoniales, beneficios en políticas migratorias, capacidad de decidir por otro en situaciones de imposibilidad, entre muchas otras. Tales ventajas no resultan intrascendentes para quienes asumen como pareja un compromiso sexual, emocional y financiero con miras de estabilidad.

Por otro lado, las ventajas mencionadas pueden parecer poco significativas comparadas con la trascendencia pública que conlleva el matrimonio, la celebración del compromiso asumido y el respeto moral por la decisión de cada uno, incluso si los otros emplean un esquema ético distinto en sus propias vidas.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“FREYRE ALEJANDRO CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)” , EXPTE: EXP 34292 / 0

En otras palabras, la solución del caso requiere dilucidar si la prohibición legal que impide a los actores contraer matrimonio —y por ende acceder a las ventajas mencionadas— resulta discriminatoria.

VII. Que la igualdad que garantiza el artículo 16 de la Constitución, tal como lo interpreta el representante del GCBA, no importa otra cosa que la prohibición de que se establezcan exenciones o privilegios que excluyan a uno de lo que se concede a otro en iguales circunstancias. Su formulación resumida suele expresarse en el adagio: *“igualdad entre iguales”*. Así entendido, este derecho estaría emancipado del principio de no discriminación, al dejar que el Estado determine la noción de *igualdad* que será fuente de derechos. Es decir, bajo el amparo de aquel principio se puede justificar la discriminación por origen racial, nacionalidad, por orientación o identidad sexual.

La garantía así entendida no resultó un obstáculo en el caso *“Lanteri de Renshaw”* (Fallos 154:289), resuelto en 1929, para avalar la legislación nacional electoral que no preveía el voto de las mujeres. En el caso se hizo referencia a las diferencias *“naturales”* entre hombres y mujeres que justificaban el trato diferencial.

Así, el texto constitucional que funda el derecho a la igualdad se mantuvo inalterable antes y después del voto femenino, en épocas en que la ley establecía diferentes categorías de hijos, e incluso durante la larga historia del matrimonio que organizaba la subordinación legal de las mujeres a los hombres.

Afirmó Petracchi que *“es tarea de historiadores y sociólogos elucidar por qué un texto como el art. 16 de la Constitución Nacional (Todos los habitantes son iguales ante la ley...) pudo coexistir durante largo tiempo con otras normas de inferior jerarquía que hoy parecen claramente discriminatorias contra la mujer. Así por ejemplo, el delito penal de adulterio era distinto según lo cometiera la esposa o el marido; se consideró que la mujer casada tenía incapacidad de hecho relativa; la esposa no podía ejercer el comercio si no contaba con autorización del marido o estaba separada de bienes; en el área del derecho público no se les reconocía a las mujeres el derecho a votar, etc. Las normas infraconstitucionales fueron cambiando y adecuándose progresivamente a los requerimientos igualitarios. El proceso adelantó con lentitud, porque eran fuertes las resistencias que presentaba una estructura social en la que florecía y medraba una impronta decididamente patriarcal”*.

Y agregó que *“la garantía de la igualdad no es una fórmula rígida e inmutable; tampoco es definible. Si pretendiéramos definirla, sólo podríamos ofrecer un retrato borroso de las convenciones sociales y las creencias vigentes en una época determinada”*. En una clara definición Petracchi reconoció que *“las desigualdades entre los seres humanos no son sólo jurídicas y económicas; también son sexuales”* (Fallos 323:2659).

VIII. Que, sentado lo expuesto, puede afirmarse que el derecho a la igualdad supone previamente el derecho a ser quien se es, y la garantía de que el Estado sólo intervendrá para proteger esa existencia y para contradecir cualquier fuerza que intente cercenarla o regularla severamente. No se es igual en la medida de la ley sino ante ella, la ley no debe discriminar entre las diferencias de un habitante y otro, sino que debe tratar a cada uno con igual respeto en función de sus singularidades, sin necesidad de entenderlas o regularlas (ver, Eduardo Á. Russo, *Derechos Humanos y Garantías*, Eudeba, Buenos Aires, 2001; y, *“Identidad y diferencia [reflexiones en torno a la libertad y la igualdad]”*, en la *Revista Jurídica Universidad Interamericana de Puerto Rico*, volumen XXXVIII, sep. - dic. 2003, 1, págs. 127 a 135).

Sobre el particular la Sala II de la Cámara del fuero ha afirmado que: *“El reconocimiento jurídico de la diversidad es un silencioso primer paso de protección en dirección hacia una tarea más profunda y de otro orden, cual es el trabajo de construir un pensamiento de la diferencia. ‘Hay algo en el mundo que fuerza a pensar. Ese algo es el objeto de un encuentro*

fundamental, y no de un reconocimiento.' (Gilles Deleuze, *Diferencia y Repetición*, Amorrortu ed., 2002, pág. 215). Al derecho moderno le compete solamente favorecer el espacio de afectación y encuentro" (v. "Busacca Ricardo O. c/ GCBA s/ amparo", del 17/11/03, voto de M. Daniele y Eduardo Á. Russo).

No en vano el preámbulo de la Constitución de la Ciudad reconoce la identidad en la pluralidad, lo que sólo parece alcanzable potenciando las diferencias. La instauración definitiva del ideal democrático y republicano que plasmaron los constituyentes de 1853 y profundizaron los de 1994, convoca –como señaló el Tribunal Superior en uno de los votos concurrentes de la causa "Portillo" (Fallos: 312:496)– a la unidad nacional, en libertad, pero no a la uniformidad u homogeneidad. El sentido de la igualdad democrática y liberal es el "*derecho a ser diferente*", que no puede confundirse nunca con la "*igualación*", que es un ideal totalitario y por ello es, precisamente, la negación más completa del anterior, pues carece de todo sentido hablar del derecho a un trato igualitario si previamente se nos forzó a todos a ser iguales. El artículo 19 de la Constitución Nacional, en combinación con el resto de las garantías y los derechos reconocidos, no permite dudar del cuidado que los constituyentes pusieron en no obligar a los ciudadanos a una uniformidad que no condice con la filosofía política liberal que orienta a nuestra Norma Fundamental. El reconocimiento de la identidad en la pluralidad no puede partir de estructuras ahistóricas, requiere auspiciar los diversos proyectos de vida dentro de una estructura social mucho más compleja.

En este sentido, cuando en el año 1996 la convención constituyente de la Ciudad de Buenos Aires trató el contenido del derecho a la igualdad, el Dr. Zaffaroni manifestó que: "*Una constitución, como cualquier código, es un texto orgánico, como una construcción que se realiza en torno de alguna viga maestra. Con este texto que votaremos por unanimidad las mujeres y los hombres de cuatro partidos políticos, que fuimos elegidos por el pueblo de Buenos Aires, sentaremos el principio general –la viga maestra– en torno del cual comenzaremos a dar forma a la Constitución. Para decirlo más brevemente, estimo que dentro de unos minutos, en sentido material, la ciudad de Buenos Aires comenzará a tener una constitución. (...) No va a faltar quien quiera minimizar esta cláusula; no va a faltar quien se encoja de hombros y diga: 'Después de todo, es el viejo principio de igualdad, que viene desde la Revolución Francesa. ¿Qué novedad nos traen los constituyentes de la ciudad de Buenos Aires?' Es verdad que se trata de un viejo principio del racionalismo iluminista en su vertiente revolucionaria, pero también lo es que no vinimos aquí para consagrarlo trayendo el gorro frigio y cantando la Marsellesa. Lo consagramos en una fórmula, en una versión enteramente acorde con nuestra temporalidad, con nuestra contemporaneidad, con nuestra cotidianidad. Lo consagramos de acuerdo con nuestra experiencia y nuestra vivencia. (...) Es el mismo principio, pero formulado a partir de que esa igualdad presupone la diferencia. (...) Por reformularlo desde esta temporalidad y hacer una cláusula igualitaria y antidiscriminatoria tan amplia también se nos va a criticar. Se nos va a decir: para qué una enunciación tan amplia si después de todo es enunciativa. Sí, ya sabemos que es enunciativa. La imaginación discriminatoria desgraciadamente no tiene fin. Por eso era necesario hacer una enunciación amplia. (...) Se nos va a decir: por qué mencionar la orientación sexual. ¿Cómo no mencionarla en un mundo donde hay demasiados que sueñan con reimplantar el triángulo rosa y en una ciudad donde todavía tenemos funcionarios policiales que actúan como si el triángulo rosa existiese entre nosotros?'"*

Luego, el pueblo de la Ciudad de Buenos Aires se dio una Constitución en cuyo artículo 11 se establece que: "*Todas las personas tienen idéntica dignidad y son iguales ante la ley. Se reconoce y garantiza el derecho a ser diferente, no admitiéndose discriminaciones que tiendan a la segregación por razones o con pretexto de raza, etnia, género, orientación sexual, edad, religión, ideología, opinión, nacionalidad, caracteres físicos, condición psicofísica, social, económica o cualquier circunstancia que implique distinción, exclusión, restricción o menoscabo. La Ciudad promueve la remoción de los obstáculos de cualquier orden que, limitando de hecho la igualdad y la libertad, impidan el pleno desarrollo de la persona y la efectiva participación en la vida política, económica o social de la comunidad"*.

IX. Que, entonces, la Constitución local "*reconoce y garantiza el derecho a ser diferente*", no admitiendo discriminaciones que tiendan a la segregación por razones o por pretexto de "*orientación sexual*" (art. 11).

Así, a fin de facilitar la impugnación de distinciones ilegítimas realizadas por el legislador, el constituyente de la Ciudad ha establecido una lista de clasificaciones sospechosas de ocultar motivos de distinción incompatibles con el principio de no



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“FREYRE ALEJANDRO CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)” , EXPTE: EXP 34292 / 0

discriminación. A falta de demostración suficiente por parte del Estado, la presunción de ilegitimidad queda confirmada y la norma portadora del criterio de distinción no supera el examen de constitucionalidad.

Esta contradicción directa con el texto constitucional lleva a considerar a la categoría como sospechosa de discriminación (Fallos: 314:1531, votos de Petracchi y Fayt; y Fallos: 329:5266) y, por lo tanto, hace pesar sobre dichas normas una presunción de inconstitucionalidad.

Aun cuando alguna “discriminación” o “distinción” sobre la base de la “orientación sexual” fuera en teoría aceptable y consiguiera indulgencia, los estándares aplicables –a los fines de su eventual justificación– deben ser extremadamente exigentes. Así, si la exclusión en el goce del derecho está fundada en tal categoría, es posible partir de una presunción o sospecha de ilegitimidad que tendrá por efecto la necesidad de probar que aquélla sirve a un importante objetivo gubernamental y que los medios discriminatorios empleados están relacionados sustancialmente con el logro de aquéllos objetivos.

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. (...) Una diferente inteligencia de la cuestión tratada, que propugnase el sometimiento de grupos minoritarios a los designios de la mayoría en pos de un alegado objetivo comunitario, es doctrina de peligrosas consecuencias. Si su aplicación trasciende los límites del campo político, es susceptible de desembocar, como lo ha demostrado nuestra historia más reciente, en el ultraje inexorable de los derechos más esenciales del hombre. De dicha historia es posible formular, por otra parte, un fructífero proceso inductivo, del cual se desprende como enseñanza que la aceptación de las diferentes concepciones es decir de un amplio pluralismo de ideas resulta condición de posibilidad aquí y ahora para la concreta vigencia del plan trazado por los constituyentes”* (Fallos: 314:1531).

A partir de tales premisas, el juicio de razonabilidad de la norma (arts. 14 y 28 de la CN), debe realizarse a la luz de un escrutinio estricto, evaluación que implica una inversión en la carga de la prueba, de modo tal que es la parte que defiende la constitucionalidad de la norma la que debe realizar *“una cuidadosa prueba sobre los fines que había intentado resguardar y sobre los medios que había utilizado a tal efecto. En cuanto a los primeros, deben ser sustanciales y no bastará que sean meramente convenientes. En cuanto a los segundos, será insuficiente una genérica ‘adecuación’ a los fines, sino que deberá juzgarse si los promueven efectivamente y, además, si no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada”* (Fallos: 327:5118 y 329:2986).

Tal como sostuvo el juez Maier en sus votos en las causas, *“Salgado, Graciela B. c/ GCBA”*, del 21 de noviembre de 2001 y *“Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/ GCBA”*, del 31 de marzo de 2005, el Estado debe probar que el empleo de la clasificación sospechosa es estrictamente necesario para el cumplimiento de un fin legítimo. No basta –afirmó– con señalar la licitud del fin a alcanzar, sino que el Estado debe justificar por qué era necesario acudir a una distinción fundada en una clasificación sospechosa para cumplir esos fines.

En los votos mencionados, subrayó que el cambio del paradigma constitucional implica también una modificación en la forma misma de concebir la discriminación. Mientras que en el pasado se recalcaba el componente subjetivo dañoso (*fines de ilegítima persecución*), la actual doctrina antidiscriminatoria pone énfasis en el efecto objetivo de excluir a cierto grupo del goce de un derecho o del acceso a un beneficio.

Y aclara que por supuesto, atento a sus efectos, los casos de discriminación persecutoria o explícita quedan también comprendidos en este segundo enfoque, pero —dado que la expresión de motivaciones subjetivas persecutorias o discriminatorias es un fenómeno extraordinario en la legislación— una aproximación objetiva, a partir de la "sospecha" de discriminación escondida detrás del uso de ciertas clasificaciones, amplía el ámbito de la protección antidiscriminatoria y obliga a los poderes políticos a ser más cuidadosos en la selección de los factores de distinción empleados en los textos normativos.

En síntesis, si bien en principio los poderes políticos tienen facultades para trazar distinciones legales entre categorías de personas cuando ello resulta conveniente a fin de llevar adelante objetivos legales legítimos —presumiéndose la constitucionalidad de la norma sancionada de conformidad con las formas prescriptas para ello—, en algunos casos el recurso del legislador a ciertos factores de distinción puede responder a prejuicios y estereotipos que tienen por efecto excluir a categorías enteras de personas del legítimo ejercicio de un derecho. Casos típicos de esta categorización espuria son los de raza y religión y, en épocas más recientes, los de género y discapacidad.

En base a la doctrina expuesta, el estándar de revisión que se aplica a las clasificaciones basadas en la orientación sexual se traduce en que tales categorías no deben tener como finalidad crear o perpetuar la estigmatización, el desprecio o la inferioridad legal o social de las personas pertenecientes a minorías sexuales. En todo caso, las clasificaciones fundadas en la orientación sexual deberían ser utilizadas para compensar a tales grupos por las postergaciones sufridas a través de la historia.

En este sentido, los argumentos de la demandada resultan escasos e insuficientes a la hora de revertir la presunción de inconstitucionalidad de las normas en que basó su decisión. Su defensa se limita a negar la discriminación fundada en la falta de prueba en ese sentido.

X. Que en lo referido a restricciones para contraer matrimonio pueden tomarse ejemplos paradigmáticos del derecho comparado, como las leyes de la Alemania Nazi que prohibieron el matrimonio entre "*judíos y súbditos de sangre alemana o asimilables*" (Ley de protección de la Sangre, 1935), o las restricciones que padecieron los negros, asiáticos e indios en Estados Unidos desde la época colonial hasta el dictado del fallo "*Loving v. Virginia*" en 1967 (388 US 1).

En la sentencia "*Dred Scott*", el entonces Presidente de la Corte Suprema de Estados Unidos, Roger B. Taney, citó la existencia de estatutos antimestizaje para demostrar que los matrimonios interraciales "*se consideran antinaturales e inmorales*" y, en consecuencia, "*este estigma, de la más profunda degradación, está fijo sobre toda la raza (negra)*" ("*Dred Scott v. Standford*", 60 US, 393, 407 [1857]).

Tales restricciones fueron incluso defendidas con argumentos basados en criterios religiosos: "*Dios Todopoderoso creó las razas blanca, negra, amarilla, malaya y roja, y las colocó en continentes separados. El hecho de que Él separe las razas demuestra que Él no tenía la intención de que las razas se mezclasen*" (sentencia de 1966, de un tribunal de instancia del estado norteamericano de Virginia, citado por Daniel Borillo, *Homofobia*, Ed. Bellaterra, Barcelona, 2001, pág. 41, nota 40).

En un texto titulado "*Reflexiones sobre Little Rock*", de 1959, —referido a los esfuerzos encaminados a poner fin a la segregación contra los negros en el sistema educativo norteamericano—, Hannah Arendt afirmó que la educación no era el terreno en el que debía librarse la batalla. Destacó, en cambio, la forma de discriminación que le parecía más condenable: la que afecta a la libertad de matrimonio, mediante la prohibición, en los estados sureños de los Estados Unidos, de las uniones mixtas. "*El derecho de casarse con quien uno quiera es un derecho humano elemental*". Incluso, en ese mismo artículo Arendt señaló que "*aunque el gobierno no tiene derecho a interferir en las prácticas discriminatorias y los prejuicios de la sociedad, no solamente tiene el derecho, sino el deber de garantizar que dichas prácticas no adquieran fuerza de ley*" (ver la lectura que sobre el texto propone Didier Eribon en *Reflexiones sobre la cuestión gay*, Anagrama, Barcelona, 2001, págs. 477/490).



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“FREYRE ALEJANDRO CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)” , EXPTE: EXP 34292/0

XI. Que, en Argentina la institución matrimonial se ha modificado sensiblemente a la luz de una serie de cambios sucedidos desde la organización nacional hasta nuestros días.

Producida la independencia, poco y nada se hizo de positivo en la materia durante los primeros cincuenta años, sólo algunos tibios 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 mediante ley que no llegó a aplicarse, dada la resistencia que suscitó. Los matrimonios entre católicos y quienes no lo fueran se veían seriamente dificultados. En 1867, durante la gobernación de Nicasio Oroño, se sancionó en la provincia de Santa Fe una ley que establecía el matrimonio civil. La reacción fue inmediata: fueron excomulgados Oroño y los legisladores que intervinieron, y la situación llegó al extremo de que el primero tuvo que abandonar el gobierno, fue disuelta la legislatura y sus reemplazantes derogaron la ley.

Vélez Sársfield se abstuvo de introducir en su Código la secularización del matrimonio, que no se logró hasta 1888, con la sanción de la ley 2.393 (v. “Código Civil y leyes complementarias”, Augusto C. Belluscio [director], Eduardo A. Zannoni [coordinador], Ed. Astrea, Buenos Aires, 1988, t. 1, pág. 602).

Lento también fue el camino hacia la igualdad entre los cónyuges. Sucesivas leyes fueron reduciendo las potestades maritales (v. gr. ley 11.357, 1926), aunque el hombre mantuvo la potestad de fijar el domicilio conyugal hasta 1987 (ley 23.515), y la administración de los bienes gananciales cuyo origen no podía determinarse hasta 2003 (ley 25.781). Antes de las primeras reformas, entonces, la mujer casada era una incapaz relativa y en su aspecto más benévolo la ley presumía la autorización del marido para que ejerciera alguna actividad profesional, o para comprar al contado.

Originariamente nuestro Código Civil distinguía entre hijos legítimos e ilegítimos (naturales, adulterinos, incestuosos y sacrílegos). En este aspecto los cambios fueron muy significativos, pero especialmente lentos. La ley 2.393 suprimió la categoría de hijo sacrílego. Luego, en 1954 se sancionó la ley 14.367 que eliminó la discriminación pública y oficial contra los hijos de personas no unidas por el matrimonio, y, si bien dotó de los mismos derechos que a los hijos naturales a todos los hijos ilegítimos, éstas categorías recién desaparecieron tras la sanción de la ley 23.264 (1985). Asimismo, también fue esta ley la que desarticuló la distinción entre parientes legítimos e ilegítimos. Respecto a la patria potestad, sólo tras el advenimiento de aquella ley y la 23.515 (1987), pudo ser compartida.

A su vez, no siempre los cambios han tenido un origen estrictamente legislativo. Con diferente eficacia la justicia ha instaurado cambios que se han adelantado a lo que tiempo después la ley establecería (por ejemplo, la creación pretoriana de la acción de amparo). Sin duda, esto ha sucedido respecto al divorcio vincular. Sólo tras el fallo de la Corte Suprema en el caso “Sejean” (Fallos: 308:2268) la ley 23.515 estableció este significativo cambio en la regulación del matrimonio civil.

XII. Que la evolución reseñada permite descartar la idea de un significado natural o recto, y por lo tanto privado de influencias históricas, del instituto del matrimonio civil.

En palabras de Petracchi, *“las formas que... [la familia] ha adoptado son las más variadas, como nos lo enseñan la antropología y la historia, ya que si bien la familia es universal, al igual que todas las demás instituciones es un producto social sujeto a cambios y modificaciones”* (Fallos: 308:2268).

Incluso, Honoré de Balzac comenzaba su *“Fisiología del Matrimonio”* con unas palabras que atribuyó a Napoleón, supuestamente pronunciadas ante el Consejo de Estado cuando se discutía el Código Civil: *“El matrimonio no proviene de la naturaleza –la familia oriental difiere totalmente de la occidental- el hombre es el ministro de la naturaleza en la cual está contenida la sociedad –las leyes se hacen para las costumbres y las costumbres varían. El matrimonio es, pues, susceptible del perfeccionamiento gradual al que todas las cosas humanas parecen estar sometidas”* (Honoré de Balzac, *Fisiología del matrimonio o meditaciones de filosofía ecléctica relativas a la felicidad y desgracia de los casados*, Ed. Leyenda SA, México, 1945).

Por su parte, la doctrina nacional ha definido el matrimonio como: *“la unión solemne de un hombre y una mujer, tendiente a constituir una plena comunidad de vida reglada por el derecho”* (Busso, Código Civil anotado, t. II, pág. 8); *“una sociedad del hombre y la mujer que se unen para perpetuar su especie, para ayudarse, para socorrerse mutuamente, para llevar el peso de la vida y compartir su común destino. (...) El matrimonio es la base necesaria para la familia legítima”* (G. Borda, *Manual de Derecho de Familia*, 10ª ed., Ed. Perrot, Buenos Aires, 1988, pág. 33); *“...desde el punto de vista sociológico, constituye la institucionalización de las relaciones que tienen por base la unión intersexual”* (G. Bossert y E. Zannoni, *Manual de derecho de familia*, 3ª ed., Ed. Astrea, Buenos Aires, 1991, pág. 67); *“... unión consorcial de un varón y una mujer, basada en el amor mutuo, de y para toda la vida, que trasciende a los propios cónyuges, de manera que ya no son dos sino una sola carne, pero sin perder su peculiaridad personal...”* (Jorge O. Perrino *“Derecho de Familia”*, t. I, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, pág. 167); *“la comunidad de vida, establecida entre un varón y una mujer, por libre decisión de su voluntad y con carácter indisoluble, con el objeto de procrear hijos y educarlos, y de asistirse recíprocamente”* (Jorge A. Mazzinghi, *Tratado de Derecho de Familia*, 4ª ed., t. I, La Ley, Buenos Aires, 2006, pág. 45).

A simple vista se advierte que algunas de las definiciones citadas no han receptado aún los cambios implementados por la ley 23.515.

En caso de prosperar la demanda de los actores, la definición de matrimonio deberá ser modificada, adoptando un concepto que reconozca a la pareja que han conformado membresía en nuestra sociedad.

Es posible que una decisión en ese sentido sea considerada por algunos como una afrenta a las creencias religiosas sumamente arraigadas por un sector de la comunidad. Pero en el estado actual de secularización de las instituciones civiles no hay duda de que los sentimientos religiosos de algunos no pueden ser una guía para delimitar los derechos constitucionales de otros. Los poderes del Estado no pueden ser llamados a interpretar textos religiosos o a tomar partido en la valoración que ellos hagan de la homosexualidad, cuestión que ha causado cismas y discusiones profundos incluso al interior de diferentes religiones.

La Corte Suprema ha señalado que los artículos 2º y 14 de la Constitución Nacional –que hacen referencia a la libertad de culto y al sostenimiento por el Estado del culto Católico Apostólico Romano– no resultan demostrativos de que los redactores de la Carta Magna hubieran contemplado una absoluta identidad del Estado con los postulados y modo de reglamentación del matrimonio de la citada Iglesia (Fallos: 321:92). Pretender que la ley civil coincida con la legislación canónica, afirmó la Corte, supone la alteración de los límites de la legislación común sobre el matrimonio, ya que el ámbito civil resulta distinto e independiente del religioso, y dicha distinción resguarda la autonomía de la conciencia, de la libertad individual y de cultos que son principios fundamentales de la democracia constitucional (palabras del Procurador Guillermo H. López, que la Corte hizo suyas en Fallos: 312:122).

XIII. Que los cambios en la evolución histórica del matrimonio debieron enfrentar fuertes resistencias, en las que visiones anacrónicas no se han privado de presagiar la desaparición del instituto, o hasta la desintegración social.

El conflicto previo a la secularización del matrimonio nos brinda muchos y claros ejemplos de lo expuesto. Por ejemplo, al momento de debatir el proyecto de ley el senador Pizarro profetizó la *desaparición de la especie de la superficie de la tierra* y expresó que: *“Perdida la santidad del matrimonio, perdida toda influencia moral en la familia, y reducido el vínculo de unión en ella al vínculo de la fuerza jurídica, todas las relaciones de familia se relajan, la*



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“FREYRE ALEJANDRO CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)” , EXPTE: EXP 34292 / 0

autoridad paterna viene al suelo, el amor conyugal se substituye al interés, la dignidad de la mujer se abate, la insubordinación de los hijos es su consecuencia, el cariño filial desaparece, y la familia deja de existir” (diario de sesiones de la Cámara de Senadores, 43ª reunión, 41ª sesión ordinaria, 4 de septiembre de 1888, pág. 363 y 367).

Sin embargo es evidente que el matrimonio –cuya historia es anterior al Concilio de Trento y posterior al divorcio vincular– ha sobrevivido a su secularización y no parece haber agotado ni su fuerza ni su evolución.

Una vez que las fuerzas sociales han abandonado determinadas concepciones, la lucha por su mantenimiento –siempre acompañadas por presagios de decadencia– puede adquirir características represivas y violentas. Cuando lo “universal” no está en concordancia con el individuo ni lo incluye, esa misma reivindicación de universalidad es utilizada para negar los derechos del individuo (v. Judith Butler, *Dar cuenta de sí mismo. Violencia ética y responsabilidad*, Ed. Amorrortu, Buenos Aires, 2009, pág. 14)

Siempre ha habido voces apocalípticas que anunciaron al hombre un destino aciago si se atrevía a alterar el *status* imperante. Así cuando la Corte Suprema, hace menos de veinte años, decidió por mayoría denegar el pedido de personería jurídica a la Comunidad Homosexual Argentina se señaló que: *“Una minoría tolerada requiere siempre de una mayoría tolerante. Pero se podría llegar a una situación en la cual tantas minorías reclamasen tolerancia que ya no pueda haber mayoría ninguna. (...) La permisividad que viene rechazada de la instancia anterior pudo razonablemente haberse considerado como una fractura esencial de aquellos valores comunes, pues si el abuso del poder lleva a la tiranía, el abuso de la libertad conduce a la disolución”* (Fallos: 314:1531, voto del Dr. Boggiano). Pese a lo resuelto por la Corte, poco tiempo después se otorgó personería jurídica a la CHA, y pasados unos años, no parece que nos hayamos acercado al umbral de la disolución social.

XIV. Que llegados a este punto debemos preguntarnos si la prohibición de matrimonio para la pareja litigante, contenida en el Código Civil, constituye una discriminación del Estado basada en la orientación sexual.

En un primer examen literal, los artículos 172 y 188 del Código Civil se contraponen directamente con las reglas constitucionales que prohíben un trato discriminatorio en razón de la orientación sexual (arts. 16 y 19, CN; art. 11, CCABA; art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y, entre otros, art. 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; sobre el Pacto ver especialmente la Observación General 20, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del 22/05/09, que en su parte pertinente establece que: *“En ‘cualquier otra condición social’, tal y como se recoge en el artículo 2.2 del Pacto, se incluye la orientación sexual. Los Estados partes deben cerciorarse de que las preferencias sexuales de una persona no constituyan un obstáculo para hacer realidad los derechos que reconoce el Pacto...”*).

En el artículo 16 de la “Declaración Universal de los Derechos Humanos” (diciembre, 1948) se establece que: *“1. 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. 2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio. 3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”*. Luego, en textos similares, tanto el “Pacto internacional de derechos civiles y políticos” (art. 23), como el “Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales” (art. 10) proveen a garantizar la protección de las personas a la hora de casarse y llevar adelante una familia. La “Convención Americana sobre Derechos Humanos” (art. 17) también tiende a la protección del matrimonio y la familia, con especial énfasis en la igualdad entre los cónyuges y la protección de los hijos.

En todos los casos se trata de pactos y declaraciones con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22) que se suman a la permanente búsqueda del derecho interno de proteger íntegramente a la “familia”. Cabe recordar, en el plano internacional, la “Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios” (cuya entrada en vigor data del 09/12/64), que ha puesto su eje en garantizar el consentimiento pleno de los pretendientes a la hora de contraer matrimonio, y a la que se ha sumado la “Recomendación sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios” (res. 2018, de la Asamblea General, del 01/11/65).

Los actores se hallan impedidos de acceder a la categoría socialmente aprobada de “casados”. Tal exclusión los priva de activos valiosos, tanto si éstos se miden en términos cuantitativos monetarios, o en términos cualitativos de respeto social. Esta diferencia en la tenencia de activos no necesariamente connota una imposición injusta de desigualdad.

Sin embargo, el daño inflingido se patentiza como claramente ilegítimo cuando advertimos que obedece al estatus de *seres humanos menos valiosos* de los excluidos.

XV. Que las personas que se apartan de la sexualidad socialmente valorada son víctimas de situaciones de discriminación social y jurídica: esto es, representan un sector usualmente vulnerado en el pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales en condiciones igualitarias (ver, Aída Kemelmajer de Carlucci, “Derecho y homosexualismo en el derecho comparado” en *Derecho de familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988, volumen 13, págs. 185 y ss.).

La “homofobia” es el miedo o la aversión hacia las prácticas o las personas homosexuales, así como la discriminación de la que son víctimas. En otras palabras, el odio, la hostilidad o la desaprobación de las personas homosexuales.

Un informe de ILGA (Asociación Internacional de Lesbianas y Gays; www.ilga.org) muestra una impresionante colección de leyes representativas de la “homofobia de Estado” en el mundo. Según los datos allí publicados, no menos de ochenta y cinco (85) Estados miembros de Naciones Unidas criminalizaban en el año 2007 los actos sexuales entre personas adultas del mismo sexo con mutuo consentimiento.

Tales pautas legales —más allá de las enormes diferencias respecto a su aplicación sistemática— obligan a las personas a permanecer invisibles y a negar quienes son realmente.

A su vez, en los últimos años más de una docena de países ya han modificado sus legislaciones a fin de darles cabida a las parejas del mismo sexo. Han reconocido el matrimonio: Holanda (2001), Bélgica (2003), España (2005), Canadá (2005), Sudáfrica (2006), Suecia (2009) y Noruega (2009). Por otro lado, tienen en sus legislaciones figuras como la unión civil o declaraciones de convivencia, con todos o algunos de los derechos que se da al matrimonio: Dinamarca (1989), Noruega (1993), Suecia (1994), Islandia (1996), Holanda (1998), Francia (1999), Alemania (2001), Finlandia (2001), Luxemburgo (2004), Nueva Zelanda (2005), Reino Unido (2005), Suiza (2005), República Checa (2006), Eslovenia (2006), Hungría (2009) y Uruguay (2009). Incluso algunos estados norteamericanos han incorporado a su legislación institutos similares al matrimonio, entre ellos se cuentan: Massachusetts, Vermont, Washington, New Jersey, New Hampshire, Maine, Hawaii, el distrito de Columbia, Connecticut, Oregon, etc. (v. M. V. Lee Badgett, *When Gay People Get Married*, NYUP, New York, 2009).

Cabe señalar que en los casos de Estados Unidos —a través de una sentencia de la Suprema Corte Judicial de Massachusetts, en 2003— y Sudáfrica —mediante el fallo de la Corte Constitucional en “Minister of Home Affairs and another v. Fourie and another”, del 01/12/05— fue el impulso judicial el que motivó los cambios en la legislación. A su vez, también en el estado de California, Estados Unidos, más allá de la solución final, los tribunales han sido un contrapunto esencial a la hora de rever su normativa.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

"FREYRE ALEJANDRO CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)", EXPTE: EXP 34292/0

XVI. Que es preciso recordar que la lucha contra las fobias sociales se extiende más allá de la cuestión gay, y desde mucho antes del debate por la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo. Cada tiempo ha tenido su signo, y ha despertado resistencias en aquellas minorías oprimidas, degradadas o exterminadas por las mayorías. Incluso la homofobia es un término ganado a la persecución, la ignominia y a la aceptación revulsiva. Seguramente llegue un tiempo en que muerto el signo que lo ampara, hablar de homofobia también resulte anticuado y, sin dudas, ese es uno de los objetivos en la lucha contra la discriminación.

Asimismo, cabe resaltar, la hostilidad hacia quienes integran minorías sexuales se estructura de modo similar al racismo (ver, Yves Roussel, "Les récits d'une minorité", en *Homosexualités et droit*, Daniel Borillo [director], Puf, Francia, 1999, págs. 14 y ss.)

El discurso racista requiere, por su parte, la identificación de seres abyectos, que forman el exterior constitutivo del campo de los "sujetos". La abyección implica literalmente arrojar fuera, desechar, excluir y, por lo tanto, supone y produce un terreno de acción desde el cual establecer la diferencia. La noción designa una condición degradada o excluida dentro de los términos de la sociabilidad, que el sujeto, en su fantasía, supone amenazadoras para su propia integridad (v. Judith Butler, *Cuerpos que importan. Sobre límites materiales y discursivos del sexo*, Ed. Paidós, Buenos Aires, 2008, pág. 19 y especialmente nota 2).

El desprecio irracional por aquellos acusados de cometer "delitos *contra natura*", atentar contra la familia o la preservación de la especie, no fue superado, tal como demuestran las expresiones vertidas por algunos legisladores en el debate de la ley 1.004.

La burla, los estereotipos, el uso de expresiones como "torta", "trollo", "invertido", "puto", "loca", "maricón", "tortillera", "marica", etc., son graves heridas a la dignidad a las que muchas personas se ven expuestas en su vida cotidiana.

Por lo demás, la homofobia suele estar disimulada tras el discurso de la tolerancia, discurso que pese a sus ingentes esfuerzos no puede disimular su desagrado ¿cómo se puede decir que tolero lo que apruebo? La tolerancia no tiene razón de ser si previamente su objeto no fue definido de modo adverso (ver, Ernesto Meccia, *La cuestión gay, un enfoque sociológico*, Gran Aldea Editores, Buenos Aires, 2006, págs. 69 y ss.).

Frente al imperativo de la corrección democrática, discursos fuertemente reaccionarios no acuerdan mayor trascendencia a la homosexualidad, eso sí, siempre que quede reducida al ámbito de lo privado. Pero tal política de la tolerancia de las acciones privadas de los hombres pasa por alto que los dominios privados no bastan para la expresión entera de la personalidad, a no ser que se limite lo vinculado a la libre orientación sexual a la posibilidad de mantener relaciones sexuales en la intimidad (Meccia, op. cit.).

La tolerancia, entonces, no basta para dejar de ver al otro como una amenaza latente, y no da cumplimiento con las altas exigencias igualitarias contenidas en nuestro marco constitucional.

Si el derecho de las minorías sólo alcanza para que sus miembros reciban tolerancia, poco se ha avanzado en el camino al respeto sincero y acabado por los planes de vida de las personas.

Partiendo del régimen constitucional de la Ciudad de Buenos Aires, es claro que no hay orientaciones sexuales o géneros buenos y malos: la opción sexual y el género son cuestiones extramORALES. No hay un marco normativo que permita establecer géneros normales y patológicos.

Se trata de admitir que la libertad y el reconocimiento son muy importantes para la dignidad humana. *“La verdadera injusticia siempre ha de encontrarse en el punto preciso en que nos ponemos del lado del bien y ponemos a otras personas del lado del mal”* (Theodor Adorno, citado por Judith Butler, *Dar Cuenta de sí mismo*, cit., pág. 143). El menosprecio de la sexualidad socava la autoestima y las capacidades expresivas y creativas necesarias para desarrollarse.

XVII. Que si las categorías de “malo”, “normal”, “desviado”, “inocuo” o “peligroso” no son predicables respecto a las opciones sexuales, si la perpetuación de tales categorías sólo tiene como finalidad menospreciar a grupos minoritarios para luego justificar su exclusión de algunos beneficios sociales, entonces, deberíamos preguntarnos cómo superar tales categorías a través de decisiones racionales.

Un paso importante al que una decisión judicial puede tender es al reconocimiento público de la existencia de la estigmatización y del sufrimiento inflingido, y la ilicitud de las discriminaciones en que se apoyan.

No se trata de saber si son posibles otras formas de vida familiar y afectiva distintas de la tradicional. Porque las tenemos delante nuestro y sabemos que existen. Se trata de saber si es posible un marco legal suficientemente genérico para adoptar sus institutos a estas realidades.

De lo que se trata entonces es de advertir el contrasentido de unos derechos que se predicaban como universales pero dejan a un grupo de personas excluido de su goce.

XVIII. Que, para finalizar, cabe coincidir con el argumento del GCBA en relación a que no hubo ilegalidad en su actuar.

Sin embargo, la premisa que funda su análisis está incompleta, lo que altera el razonamiento final. Concretamente, si bien los órganos del Gobierno deben cumplir con la ley vigente, los actos del GCBA realizados de conformidad con el Código Civil sólo se presumen *legales*, y eso no implica que no sean manifiestamente ilegítimos, si contradicen el contenido de la Constitución local y nacional. Una interpretación contraria —que subsuma la legitimidad de los actos o las omisiones en su mera adecuación a la ley— implicaría que el control constitucional difuso encomendado al Poder Judicial desapareciera. En otras palabras, sostener la confusión entre legalidad y legitimidad socavaría el fundamento de la división de poderes y atomizaría la fuerza normativa de la Constitución.

Como sabemos, hay cláusulas constitucionales que garantizan la igualdad de las personas; los artículos del Código Civil atacados por los actores las contradicen. El Gobierno no tenía potestades para invalidar tales normas, pero ello no es obstáculo para admitir en sede judicial la pretensión de los actores.

Al respecto, cabe tener en cuenta el mandato del tercer párrafo del artículo 11 de la CCBA, de acuerdo con el cual: *“La Ciudad promueve la remoción de los obstáculos de cualquier orden que, limitando de hecho la igualdad y la libertad, impidan el pleno desarrollo de la persona y la efectiva participación en la vida política, económica o social de la comunidad”*.

Entre las autoridades de la Ciudad destinadas a cumplir este mandato está el Poder Judicial, a través de medios tales como el control judicial de constitucionalidad. Entre los obstáculos *“de cualquier orden”* están, vale recordarlo, los obstáculos legales. La declaración de inconstitucionalidad de las normas impugnadas no hace más que remover un obstáculo ilegítimo que, al limitar la igualdad y la libertad, impide el pleno desarrollo de la persona y su efectiva participación en la vida política, cultural, económica y social de la comunidad, y alienta la perpetuación de conductas homofóbicas, en clara oposición al régimen constitucional vigente.

XIX. Que, por otro lado, el representante del Gobierno de la Ciudad sostiene que la pretensión de los actores puede ser satisfecha apelando al instituto de la unión civil (fs. 38).

En ese sentido, el artículo 4º de la ley 1.004, establece que *“para el ejercicio de los derechos, obligaciones y beneficios que emanan de toda la normativa dictada por la Ciudad, los integrantes de la unión civil tendrán un tratamiento similar al de los cónyuges”*.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

"FREYRE ALEJANDRO CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)" , EXPTE: EXP 34292 / 0

Tal como afirma la demandada, la norma aludida permite registrar uniones voluntarias conformadas por dos personas con independencia de su sexo u orientación sexual. Sin embargo, más allá de que otorga algunos beneficios en el ámbito de la Ciudad, carece del valor simbólico del matrimonio. Si bien muchas parejas pueden elegir quedar fuera de la carga simbólica asociada al matrimonio y, en su caso, optar por este nuevo instituto regulado en el ámbito local, el asunto se vincula con la decisión que se tome como pareja, y finalmente, con que tales opciones estén disponibles para todas ellas sin discriminación.

La legislación que concede a parejas que se apartan del parámetro sexual mayoritario el goce de algunos de los beneficios que otorga el régimen matrimonial, pero de manera segregada, no supera el problema de la discriminación.

Si el problema de la exclusión matrimonial se redujera a la imposibilidad de acceder a determinados bienes, la solución bien podría ser el diseño de este tipo de regímenes separados. Pero tal solución parece desconocer que, históricamente, el concepto de "iguales pero separados" ha servido como una forma de camuflar el repudio hacia grupos excluidos. La pretensión de los actores consiste en que la pareja que conforman adquiera el mismo estatus público de las unidas en matrimonio.

Más allá de la cuestión vinculada a los menores beneficios que acuerda la ley 1.004 frente al régimen matrimonial, no puede pasarse por alto que, en términos simbólicos, resulta ciertamente insuficiente, pues el mero mantenimiento de un régimen exclusivo para parejas heterosexuales refuerza el estereotipo, la estigmatización y la falta de aprobación y reconocimiento frente a diferentes sexualidades. La exclusión del régimen matrimonial sugiere que el compromiso y los sentimientos de los actores es inferior y, como consecuencia, no es merecedor de los derechos que el marco normativo garantiza a todos por igual.

La exclusión de los beneficios y responsabilidades del matrimonio no es un inconveniente tangencial sino que representa una forma radical de afirmar que la pareja de los actores no merece el pleno reconocimiento estatal.

Nuestro marco constitucional otorga a los actores derechos que van más allá de la mera privacidad, el derecho a ser reconocidos como iguales y tratados dignamente.

Es por eso que la opción contemplada en la ley 1.004 no basta, en el caso, para satisfacer el principio de igualdad.

Al momento de debatir la aprobación de la ley 1.004, los legisladores locales tuvieron muy presentes sus limitaciones frente a las potestades que el artículo 75, inciso 12, de la Constitución Nacional otorga al Congreso Nacional en materia de derecho común. Pero, dentro de su ámbito de actuación fueron explícitos al considerar que "*hay ciudadanos y ciudadanas que están fuera del sistema sólo por su orientación sexual*" (Latendorf, 33º sesión ordinaria, Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires, Despacho 2604, VT 55, pág. 26).

XX. Que no es posible saber qué sucederá con el matrimonio frente a los cambios que se avecinan. Sin embargo, es posible prever que la inclusión de minorías sexuales en su seno le permitirá ser fuente de nuevas curas para las viejas enfermedades sociales, como el miedo, el odio y la discriminación.

Por las razones expuestas, y oída la señora fiscal, **FALLO:**

1. Declarando la inconstitucionalidad de los artículos 172 y 188 del Código Civil en cuanto impiden que los señores Alejandro Freyre y José María Di Bello puedan contraer matrimonio;

2. Ordenando a las autoridades del Registro Civil y Capacidad de las Personas que celebre el matrimonio de los actores, en caso de que así lo soliciten;

3. Imponiendo las costas en el orden causado, atento a que las autoridades del Registro Civil carecían de facultades para apartarse de las normas vigentes.

Regístrese, notifíquese —a la señora fiscal en su despacho— y, oportunamente, archívese.