



INADI

Instituto Nacional contra la Discriminación,
la Xenofobia y el Racismo.
Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos.

Buenos Aires, 12 de julio de 2010

INFORME TÉCNICO

Sobre dictamen Ley Unión Civil (Exp. CD-13/10)

La presente intervención de oficio se motiva en la potencial omisión de tratamiento del proyecto de ley sobre Matrimonio Igualitario “modificando diversos artículos del Código Civil respecto a incluir el matrimonio de parejas conformadas por personas del mismo sexo” al que alude el dictamen realizado en la Comisión de Legislación General emitido con fecha 06/07/2010 (Exp. CD-13/10) y, la consideración de tratamiento del proyecto de “Ley de Unión Civil” que recoge los proyectos de “Unión Civil concubinaria o Unión Sexual y Afectiva Estable” (Exp. S-1352/10), “ley de Unión Civil” (Exp. S-2095/10) “ley sobre Unión Civil” (Exp. S-2118/10), “Unión Civil cuando los contrayentes sean del mismo sexo” (Exp. S- 2160/10) y “Contrato Civil de Solidaridad” (Exp. S- 2168/10).

Por otra parte, amén de señalar que la exclusión a las parejas de igual sexo de la posibilidad que se otorga a las de distinto sexo, respecto al acceso al matrimonio civil; y más aún, que la proyección de regular a las uniones de personas del mismo sexo con unión civil, exclusivamente y en reemplazo del instituto de matrimonio civil, con las consideraciones que detalla; viola el principio de igualdad constitucional en razón de un tópico prohibido de discriminación: la orientación sexual.

I. PRECISIÓN PRELIMINAR:

Como premisa básica, debe delimitarse el ámbito de competencia de este Instituto, tendiente a determinar la existencia o no de actos o conductas discriminatorias en los términos de la Ley N° 23.592 y normas concordantes y complementarias. En el ámbito de la Ley N° 24.515 (art. 4), el INADI tiene competencia para brindar asesoramiento y prestar asistencia técnica en materia de discriminación. El presente se emite en ejercicio de dichas atribuciones.

II. OBJETO:

El motivo de la presente opinión jurídica importa el examen, por parte de este Instituto, del eventual tratamiento de los proyectos de referencia y, adicionalmente, de su contenido; en tanto formula dos distinciones que resultan contrarias a la prohibición de discriminación. Toda vez que ninguna de las exclusiones o distinciones que se proponen, y se comentan en el presente, superan un test de proporcionalidad y, en consecuencia, resultan incompatibles con el Bloque de Constitucionalidad Federal.

III. ANÁLISIS:

1) EXCLUSIÓN DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO DEL MATRIMONIO CIVIL

Aspectos jurídicos generales

No puede soslayarse el valor simbólico, histórico y jurídico del matrimonio. Sin embargo, "tal solución parece desconocer que, históricamente, el concepto de 'iguales pero separados' ha servido como una forma de camuflar el rechazo hacia grupos excluidos"¹.

¹ Fallo de la Dra. Gabriela Seijas en el caso "Freyre C/ GCBA"; expediente N° 34292/0, sobre amparo, en trámite ante el Juzgado en lo Contencioso,

En la actualidad, debido a la interpretación tradicional del Código Civil vigente², existe una barrera legal que impide a las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans, por el solo hecho de expresar una orientación sexual distinta a la heterosexualidad, que pueden acceder al reconocimiento legal de sus parejas, de sus familias y de sus uniones de hecho. A su vez, existe en deliberación legislativa un proyecto de ley³ que propone la modificación del Código de Fondo, que garantice condiciones de igualdad y no discriminación para acceder a la institución civil del matrimonio.

En este marco, cabe recordar que el principio de igualdad y no discriminación posee antiguo asidero en nuestro ordenamiento jurídico, dado que desde el año 1853 el Estado Argentino lo reconoció a través del artículo 16 de su Constitución Nacional⁴.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que en el año 1994, el principio de igualdad, y su contrapartida, el derecho a la no discriminación, se encuentran consagrados tanto en Nuestra Constitución Nacional (arts. 16 y 75, incs. 22 y 23) como en numerosos Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos de igual jerarquía; y además, impuso al Congreso Nacional la obligación de "legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos," por la ley suprema (art. 75, inc. 23).

Asimismo, el derecho de toda persona a contraer matrimonio se encuentra íntegramente reconocido en la Constitución Nacional, como también en los instrumentos internacionales que gozan de jerarquía

Administrativo y Tributario N° 15 de la Ciudad de Buenos Aires. Al respecto el Dr. Zaffaroni ha dicho, en el marco de la convención constituyente de la Ciudad de Buenos Aires: "...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?".

² puntualmente de los artículos 172 y 188.

³ que cuenta con la sanción de la Cámara de Diputados, con estado parlamentario y en tratamiento en la Comisión de Legislación General del Senado de la Nación.

⁴ Tradicionalmente, la Corte Suprema sostuvo que la igualdad establecida en dicho artículo no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que en iguales circunstancias se concede a otros (*Fallos*: 153:67, entre muchos otros).

constitucional, de acuerdo con lo previsto en el artículo 75 inciso 22 de la Ley Fundamental⁵.

Ahora bien, ni en la Constitución Nacional, ni en los tratados internacionales referidos, existe una definición de familia limitada a la unión entre un hombre con una mujer; tampoco se contempla expresa o implícitamente una prohibición para el matrimonio entre personas del mismo sexo. Por lo tanto, el reconocimiento normativo es claro, respecto de que no estipula la necesidad de diversidad de sexo para la goce del derecho humano a contraer matrimonio.

Por su parte, todo ser humano es persona⁶ y como tal posee dignidad⁷. Este atributo intrínseco de toda persona merece ser respetado independientemente de otras características de ésta⁸.

En este sentido, nuestra Norma Suprema, con la reforma referida, recibió aportes muy valiosos de parte de los instrumentos internacionales que formulan derecho consuetudinario y convencional sobre derechos humanos en relación con las naciones extranjeras. Así, los derechos reconocidos en estos tratados resultan de

⁵ El texto de la Constitución Nacional en su capítulo sobre "Declaraciones, Derechos y Garantías" garantiza a las personas extranjeras los mismos derechos que a las nacionales, entre ellos el derecho a casarse (art. 20); lo hace con clara referencia a que el mismo constituye un derecho civil del que evidentemente goza cualquier ciudadano/a; además, este derecho se encuentra protegido por diversos tratados internacionales con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN). En este sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio "en las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten el principio de no discriminación" (Art. 17); la Declaración Universal de Derechos Humanos consagra el mismo derecho "sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión" (Art. 16); la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre garantiza el derecho a "constituir familia" (Art. VI); lo mismo efectúan el el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 23); y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Art. 10, inc. 1). Ver en tal sentido, el completo análisis argumental de Clérico, Laura, comentario del Art. 33 CN, en Sabsay-Manili, Constitución de la Nación Argentina, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, páginas 1222/1261.

⁶ Convención Americana sobre Derechos Humanos art. 1.2

⁷ Declaración Universal de Derechos Humanos art. 1

⁸ Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene dicho que "La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza".Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Opinión Consultiva 4/84", 19 de enero de 1984.

satisfacción jurídicamente obligatoria para el Estado Argentino, sea por entenderse que gozan de la máxima jerarquía normativa en el ordenamiento jurídico interno y que es en todo compatible con la Constitución Nacional⁹ o bien porque el incumplimiento de los mismos conlleva la inexorable responsabilidad internacional del Estado, todos que los órganos estatales, inclusive el poder legislativo y la judicatura, deben tender a evitar¹⁰.

A su vez, existe un límite constitucionalmente infranqueable al momento de regular el ejercicio de un derecho y se estructura en torno al principio de autonomía de la persona, consagrada por el artículo 19 de la Constitución Nacional¹¹, así como al principio de razonabilidad, también de raigambre constitucional.

Ahora bien, puede observarse que la extralimitación legislativa¹², dada por la inadmisión legal del derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo, no presenta repercusiones perjudiciales frente a terceras personas que son ajenas al vínculo matrimonial. Es más, la eventual disconformidad de personas que son ajenas a ese vínculo, con el plan de vida que una pareja haya decidido libremente para sí, no puede adquirir la entidad de un daño que de algún modo pudiera habilitar la posibilidad de una

⁹ Conf. CSJN, "Monges, Analía M. c/ Universidad de Buenos Aires", sentencia del 26/12/1996, consid. 22 del voto de la mayoría

¹⁰ Conf. CSJN, "Ekmekdjian, Miguel A. c. Sofovich, Gerardo y otros", sentencia del 7/07/1992, consid. 19 del voto de la mayoría

¹¹ En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que: "...la Constitución Nacional consagra un sistema de la libertad personal cuyo centro es el artículo 19, que va más allá de garantizar la mera privacidad. En este sistema de libertades confluyen una serie de derechos expresamente enumerados en los arts. 14, 14 bis, 16, 17, 18, 20 y 32, y otros no enumerados, que nacen de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno (art. 33). Estos derechos están asegurados a todos los habitantes de la Nación conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio, las cuales, no obstante, no podrían alterarlos (art. 28). Entre esos derechos, el artículo 20 otorga el de 'casarse conforme a las leyes', las que se encuentran sujetas a la limitación antes señalada y que por consiguiente, en el caso de que, bajo el pretexto de reglamentarlo, lo desvirtuaran modificando las implicancias de su naturaleza constitucional, deberán ser declaradas inconstitucionales". CSJN, "Sejean", sentencia del 27 de noviembre de 1986, considerando 7 del voto del Dr. Bacqué.

¹² Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que: "La referida norma impone, así, límites a la actividad legislativa consistentes en exigir que no se prohíba una conducta que se desarrolle dentro de la esfera privada entendida ésta no como la de las acciones que se realizan en la intimidad, protegidas por el art. 18, sino como aquellas que no ofendan al orden o la moralidad pública, esto es, que no perjudiquen a terceros" Conf. CSJN, "Bazterrica, Gustavo Mario s/ tenencia de estupefacientes", sentencia del 29 de agosto de 1986, considerando 8 del voto del Dr. Bacqué.

prohibición de parte del estado; de lo contrario, entraría en objeción con el correcto alcance de la protección constitucional; toda vez que "sin el derecho de elegir con quien casarse, a las parejas del mismo sexo no sólo se les niega la plena protección que les brindan las leyes, sino además se los excluye del acceso a toda una gama de experiencias como seres humanos" ¹³.

En particular, aunque la "orientación sexual"¹⁴ no aparece expresamente formulada entre los motivos de discriminación especialmente prohibidos, su inclusión es indubitable¹⁵. Por ello el Estado deberá adoptar las medidas necesarias para que los derechos humanos de todas las personas sean efectivamente susceptibles de ser ejercidos y gozados¹⁶ a través de dar cumplimiento a los compromisos asumidos en los tratados internacionales que exigen la adecuación de la legislación interna, compromisos asumidos por el Poder legislativo también al receptor los mencionados tratados (convención de Viena).

¹³ Ello obedece a que no se entiende acabada y adecuadamente el alcance del principio de autonomía, en relación con la correcta interpretación constitucional. Así, según la doctrina de la Corte Suprema de Massachussets, "Opinion of the Justices to the Senate", sentencia del 3 de febrero de 2004.

¹⁴ Dicho tópico abarca no sólo las cuestiones biológicas, físicas, sino también la formulación social de estereotipos, prejuicios y funciones basadas en el género que han dificultado el pleno goce y ejercicio de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales en condiciones de igualdad.

¹⁵ Por su parte, fue considerada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en torno a la interpretación del artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la Observación general Nº 20 "La no discriminación en Derechos Económicos, Sociales y Culturales" (puntos 27 Y 32). La misma permite, además, exigir que los Estados partes no sólo ajusten sus normativas internas que promueven la exclusión por identidad sexual y de género, sino que los insta a que exista equidad sustantiva en cuanto a los términos previstos y definidos por el artículo 2 párrafo 2 del PIDESC.

¹⁶ Por su parte, el Comité de Derechos Humanos, órgano de contralor del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), se ha expedido de manera categórica al sostener que "...se debe estimar que la referencia al 'sexo', que figura en el párrafo 1 del artículo 2 y en el artículo 2.6, incluye la inclinación sexual" Comité de Derechos Humanos, "Nicholas Toonen v. Australia", Comunicación No. 488/1992, U.N. Doc. CCPR/C/50/D/488/1992 (1994), párr. 8.7. En particular, el propio Comité ha sido claro al sostener que la negativa de otorgar un beneficio patrimonial, consecuencia directa de la prohibición de contraer matrimonio de dos personas del mismo sexo, implicaba una violación del artículo 2.6 del PIDCP que establece el principio de igualdad. CCPR, Mr. Edward Young v. Australia, Communication No. 941/2000, U.N. Doc. CCPR/C/78/D/941/2000 (2003), párr. 10.4.

El INADI¹⁷ ha emitido en numerosas oportunidades dictámenes en el sentido que la **exclusión** de las parejas conformadas por personas de un mismo sexo de la posibilidad de acceder a la **institución civil del matrimonio**, que se otorga a las parejas conformadas por personas de distintos sexos, **CONSTITUYE UN CASO DE DISCRIMINACIÓN PROHIBIDO POR EL ESTADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL ARGENTINO**. Ello en el marco del derecho vigente en nuestro país.

Con el régimen de derecho civil vigente, las parejas heterosexuales pueden elegir entre formalizar su vínculo o no hacerlo; esto es, optar entre contraer matrimonio o no hacerlo. En cambio, las parejas conformadas por personas de lesbianas, gays, bisexuales o trans, por el hecho de estar integradas por personas de idéntico sexo, solo pueden unirse de hecho; o sea, no pueden elegir porque no tienen opción.

Entonces, a aquella pareja de dos personas de un mismo sexo que hubiera preferido contraer matrimonio civil, se le niega el acceso esa institución jurídica, se le está vedado adquirir sus responsabilidades, gozar de ese derecho y de la protección legal de otros que derivan de ese. De todos modos, aquí no se trata de hablar de decisiones que se tomen, sino de las opciones que estén disponibles para todas las personas.

Siendo los jueces los legítimos intérpretes de la Constitución ya en nueve casos determinados jueces han ordenado los matrimonios, es decir, han interpretado el derecho en el sentido de reconocer el derecho al matrimonio. No puede soslayarse que, por medio de

¹⁷ En tal sentido, se ha presentado en el expediente N° 34292/0, en trámite ante el Juzgado en lo Contencioso, Administrativo y Tributario N° 15 de la Ciudad de Buenos Aires. en carácter de Amigo del Tribunal ("*amicus curiae*"), con fecha 09 de noviembre de 2009; con un documento de opinión técnica por el cual concluyó: "El Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo considera que las circunstancias existentes al momento de dictarse sentencia configuran una situación de violación continua del derecho a contraer matrimonio, sea porque el mismo no se encuentra debidamente reglamentado en su correcta extensión; sea porque se lo garantiza de modo arbitrariamente discriminatoria impidiendo que toda persona bajo jurisdicción argentina no puede gozar del mismo; o sea porque se lo ha reglamentado de modo tal que se lo desvirtúa llevando a prohibirse legislativamente lo que se encuentra por fuera de la órbita legislable.- En cualquiera de los casos, se genera una violación continua de un derecho humano, en detrimento de un conjunto de personas en virtud de su orientación sexual, cuestión que debería ser completamente indiferente en lo atinente al pleno goce de los derechos humanos".

diversos fallos judiciales y una decisión administrativa, desde el 28 de diciembre del 2009¹⁸, existen familias basadas en una pareja constituida por dos hombres y otras por dos mujeres; así, en los casos concretos, se adaptó el instituto de derecho civil a la realidad social. Al momento de desarrollar el presente informe técnico, son 9 los matrimonios que gozan plenamente de su "estado de familia" en condiciones de igualdad real¹⁹.

En este orden de ideas, debe modificarse la normativa general que bloquea el derecho al matrimonio en condiciones de igualdad y no discriminación para todas las personas -independientemente de su orientación sexual/género- y no tener que llevar el planteo al ámbito judicial para reclamar la equiparación de derechos en cada uno de los casos de personas del mismo sexo que desean formalizar su relación.

Hoy puede observarse que los jueces, legítimos intérpretes de la Constitución Nacional están cuestionando las razones por las cuales el Estado argentino justifica este estado de cosas²⁰, como forma de hacer efectivo un conjunto de derechos que han encontrado insuficientes vías de concesión, ejecución y justiciabilidad.

¹⁸ Caso: "Alex Freyre y José María Di Bello", primer matrimonio en Argentina, Latinoamérica y el Caribe de una pareja de dos personas del mismo sexo, celebrado en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Ciudad de Ushuaia. El cual tuvo asidero jurídico por sentencia del 10 de noviembre de 2009 de la Jueza Gabriela Seijas, en el expediente N° 34292/0, sobre amparo, en trámite ante el Juzgado en lo Contencioso, Administrativo y Tributario N° 15 de la Ciudad de Buenos Aires. Y al resolverse un Recurso Jerárquico, mediante Decreto N° 2996/09 de la Gobernadora Fabiana Ríos de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur.

¹⁹ Los casos judicializados donde se ha fallado a favor del derecho a contraer matrimonio civil de parejas de personas de igual sexo, son los siguientes: ARIAS, DIEGO DE JESUS Y OTRO CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA) Expte. N° 36317/0 J. 12 S. 24; BAEZ, ALBERTO DANIEL Y OTRO CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA) Expte. N° 36322/0 J. 10 S. 19.; FERNANDEZ, ALBERTO DARIO Y OTRO CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA) Expte. N° 36320/0 J. 10 S.19.; BERNATH DAMIAN ARIEL Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA) EXP 36117/0 J. 4 S. 8. ; LUNA ALEJANDRO LUIS Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)", EXPTE: EXP 37110/0 J. 4 S. 8.; CASTILLO NORMA EDITH Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA) EXP 36408/0 J. 4 S. 8. ; CANEVARO MARTIN Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA) EXP 36410/0 J. 13 S. 26. ; FREYRE ALEJANDRO Y OTRO CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA) EXP 34292/0 J 15. S 29.; y DESSIO VERONICA Y PEREZ CAROLINA PAOLA S/AMPARO: Tribunal Oral Criminal N° 2 Dptal - La Plata - Prov. Bs As.

²⁰ Ello, en el sentido de interpretar que no existen razones imperativas que justifiquen el impedimento legal señalado; y que por el contrario existe una obligación imperativa de proteger los derechos fundamentales contra cualquier tipo de discriminación.

Cabe reparar en que este tipo de práctica, de sostenerse en el tiempo, puede ocasionar erogaciones judiciales que tiendan a desgastar el servicio de justicia; y a su vez, pone en evidencia otras de las posibles discriminaciones que se dan por la transversalidad de derechos, porque no todas las personas del colectivo de lesbianas, gays, bisexuales, trans se encuentran en condiciones sociales, económicas y culturales para tener pleno acceso a la jurisdicción.

Por otra parte, corresponde subrayar que la Justicia nacional y provincial podría seguir fallando en el mismo sentido; y que en el caso de que la Honorable Cámara de Senadores de la Nación sancionara el presente proyecto de ley de unión civil y rechazara el proyecto de ley de matrimonio igualitario, que cuenta con media sanción de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, impediría así el acceso a las parejas de personas del mismo sexo al ejercicio del derecho civil del matrimonio. A ello debemos sumar que el propio proyecto de ley de unión civil establece desigualdades arbitrarias e injustas entre las parejas formadas por personas del mismo sexo con relación a las parejas heterosexuales, perjudicando a las primeras, y todo ello causado por un claro y evidente prejuicio homofóbico. Por ello serán cuantiosas las denuncias que se interpondrán en todos los ámbitos administrativos y judiciales contra el Estado Nacional, por parte de las parejas de personas del mismo sexo, con o sin hijos, que se encuentren impedidas de acceder al derecho civil del matrimonio y por ende a los beneficios que se derivan del mismo. En el caso de las parejas con hijos, sería aún más gravosa la discriminación por la mayor vulnerabilidad de los/as niños/as, violándose en este caso, también, la Convención de los Derechos del Niño.

Asimismo, ante la situación descripta *ut supra*, es dable considerar que aumentarán más aún la cantidad de amparos requiriendo a la Justicia autorización para contraer matrimonio por parte de parejas de personas del mismo sexo; como también abre la posibilidad de que se interpongan una gran cantidad de juicios por daños y perjuicios contra el Estado Nacional por los graves daños que se les

ocasionaría a las mismas que ya se encuentran casadas, causando todo ello un previsible colapso en la administración de justicia y un costo económico evitable a las arcas del Estado.

Ahora bien, este Instituto opina que **es necesaria la sanción de una ley que regule en forma sistémica la unión matrimonial de personas del mismo sexo, con todos sus aspectos derivados de la institución civil**²¹, de modo que la ampliación del reconocimiento normativo para las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans no puedan ser susceptibles de encontrar barreras de carácter administrativo o judicial²². Se insiste en que la sustancia del proyecto de "matrimonio igualitario" en debate, debe diferenciarse de las propuestas de "uniones civiles"; toda vez que ésta última es una más de las muchas formas de familia. **TODA PRETENSIÓN DE DESIGNAR A LAS UNIONES DE PERSONAS DEL MISMO SEXO CON OTRO NOMBRE QUE NO SEA "MATRIMONIO" -AUNQUE CON LOS MISMOS DERECHOS Y DEBERES, QUE NO ES TAMPOCO EL CASO DE ESTE PROYECTO DE "UNION CIVIL"- IMPORTARÍA INTRODUCIR UN INADMISIBLE TRATO DISCRIMINATORIO POR PARTE DEL LEGISLADOR**²³.

2) **COMENTARIO AL PROYECTO DE LEY DE "UNIÓN CIVIL" QUE ADMITE A PAREJAS INTEGRADAS POR PERSONAS DE IGUAL SEXO.**

²¹ El efecto discriminatorio sería eliminado sin afección alguna a los derechos o intereses de otros grupos de personas, si se extendiera los beneficios que brinda la ley a las parejas del mismo sexo que -si no fuera por esta distinción- cumplen con todos los demás requisitos no discriminatorios que la misma exige. En igual sentido, ver: Corte Suprema de Justicia de Canadá, "Egan vs. Canadá", [1995] 2 S.C.R. 513, del voto del juez L'Heureux-Dubé.

²² Del mismo modo, el INADI considera que es importante trabajar en una figuración de equiparación plena de derechos, con una respuesta respetuosa de la diversidad. La realidad es plural y diversa; por ello, es necesario recoger esa realidad tal como es para no fallar en su postulación. En el estado constitucional de derecho argentino todas las personas tienen derecho a tener una familia y esto incluye el derecho a tener una familia matrimonial; cualquier distinción basada en el sexo/género de los/as contrayentes para su admisión es discriminatoria.

²³ En este sentido ver: Diario Página 12; Lunes, 28 de junio de 2010; "Por un matrimonio (a secas) para todos". Por Néstor E. Solari (Doctor en Derecho UBA y experto en Derecho de Familia). Estas precisiones se formulan eminentemente en relación con que ciertos sectores opositores al proyecto de "matrimonio igualitario", alegan que podrían otorgarse los mismos derechos a las uniones de personas de un mismo sexo, aunque con distinto nombre, para mantener la exclusividad y tradición de la institución matrimonial a la unión entre hombre y mujer -heterosexual-.

Respecto al proyecto de la denominada "Unión Civil" que se pretende tratar en el Honorable Senado de la Nación, este Instituto tiene las siguientes observaciones respecto al carácter discriminatorio del mismo:

Aspectos jurídicos particulares.

- ARTÍCULO 16.- (...) Inc. 11.- Obras sociales. Los unidos civilmente podrán incluirse recíprocamente como beneficiarios de las obras sociales
(...) Inc. 12.- Derechos previsionales. Los unidos civilmente podrán otorgarse recíprocamente beneficios previsionales por convenio.

Los incisos señalados del artículo contribuyen a formalizar una distinción discriminatoria en perjuicio de las personas unidas civilmente, asignándoles un estatus jurídico inferior respecto a las parejas matrimoniadas o parejas de hecho heterosexuales en cuanto a los beneficios previsionales y de salud sobre la base de la existencia de un *convenio*. De no existir dicho convenio entre las personas unidas civilmente, difícilmente puedan, según los términos en que está redactado el proyecto, gozar de los derechos de pensión. En concreto, no existe diferencia entre esta situación y la del matrimonio de parejas de distinto sexo, ya que el aporte al sistema no depende de convenio de partes, sino de la ley, la afiliación conjunta de ambos integrantes de la pareja de hecho, de distinto sexo o del mismo sexo, o de matrimonios a los derechos a la obra social o a la pensión. Máxime cuando en ambos casos la obligación de contribuir al sistema previsional y al de salud (obras sociales) surge de la ley, es imperativo y el aporte no puede ser objeto de elección por las partes, sino surge obligatorio de la ley 23.660 y 23.661.

Es decir, que estando todos/as los trabajadores obligados al aporte, se produce una distinción arbitraria en la limitación en las parejas del mismo sexo en el proyecto de Unión civil cuando pretende que el aporte podría optarse con la simple voluntad de cada integrante. En resumen, no es posible legalmente decidir voluntariamente aportar o no aportar al sistema, por lo que la

pretendida elección del proyecto que se comenta es contraria a la ley. Por otra parte, ya desde hace más de 10 años la Superintendencia de Servicios de salud ha reconocido la afiliación del conviviente del mismo sexo al sistema de obras sociales, encontrándose dicho derecho consolidado. Cabe resaltar que la ley N° 23.660 no distingue entre la orientación sexual de las personas convivientes en orden a la situaciones de concubinato.

Respecto a los derechos previsionales, esta limitación resulta contradictoria con lo dispuesto por la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES) en su Resolución N° 671/2008 por medio de la cual se declaró a los/as convivientes del mismo sexo incluidos en los alcances del artículo 53 de la Ley N° 24.241, como parientes con derecho a la pensión por fallecimiento del/a jubilado/a, del/a beneficiario/a de retiro por invalidez o del/a afiliado/a en actividad del Régimen Previsional Público o del Régimen de Capitalización.

En el caso concreto de los derechos previsionales, este Instituto observa que de admitirse la necesidad de ser convenido, daría lugar a prácticas discriminatorias toda vez que dejaría al desamparo a uno de los miembros de la pareja -sobre todo a la constituida por personas del mismo sexo de acuerdo a la impronta fuertemente segregacionista del proyecto de ley- y ello podría subsumirse como una flagrante denegación a un derecho económico, social y cultural. Actualmente, los integrantes de parejas del mismo sexo se encuentran obligados legalmente a aportar al sistema previsional, sabiendo desde el inicio, que nunca podrán gozar recíprocamente de los derechos que las parejas de distinto sexo gozan (situación morigerada por la resolución mencionada). Debido a esta situación de aporte obligatorio sin la debida contraprestación, se produce un enriquecimiento sin causa del Estado, que el proyecto de matrimonio de parejas del mismo sexo resuelve equiparando derechos y obligaciones de los contribuyentes.

La Observación General N° 20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁴ refiere que la **discriminación perjudica el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales** de una proporción sustancial de la población mundial, sosteniendo que los individuos y grupos aún enfrentan desigualdad socio-económica, usualmente **en razón de formas generalizadas de discriminación histórica y contemporánea**²⁵.

Debe eliminarse tanto la **discriminación formal como la sustancial**, entendiendo por discriminación formal aquella que proviene de la constitución, las leyes y los documentos oficiales del Estado. En contraste, la discriminación sustantiva es el impacto efectivo en el goce de los derechos del PIDESC por pertenecer la víctima a un grupo vulnerado.

En esta línea, la Observación interpela al Estado Argentino para que dirima políticas públicas que eliminen y prevengan prácticas discriminatorias sustantivas y formales como así también a toda la sociedad, cuando expresamente refiere al ámbito privado y menciona a la familia y al contexto laboral. No basta con que exista un tratamiento normativo formal ajustado a criterios de no discriminación hacia el colectivo de personas GLBT sino que es necesario que existan acciones concretas -políticas públicas- que hagan efectiva la erradicación de prácticas discriminatorias.

- ARTÍCULO 17.- Adopción y Fecundación in vitro. Inc. 1. Las alteraciones o modificaciones introducidas por la presente ley no implican admisibilidad legal de la adopción, ni implican admitir los procesos de fecundación in vitro respecto de parejas de personas del mismo sexo, en cualquiera de sus modalidades.

²⁴ OBSERVACIÓN GENERAL N° 20: "La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)", COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, 42° período de sesiones Ginebra, 4 a 22 de mayo de 2009.

²⁵ En este sentido, es importante destacar que el Art. 2 (2) del PIDESC obliga a cada uno de los Estados partes a "garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

Inc.2.- Ninguna disposición legal en materia de adopción o fecundación in vitro puede ser interpretada en sentido contrario a lo dispuesto en el inciso anterior.

Respecto de este art. 17 y, no obstante la defectuosa redacción del artículo, alude a la no admisibilidad de la co-adopción de hijos/as en el caso de parejas de personas del mismo sexo. Y ello, en virtud, de que la actual Ley de Adopción permite la adopción por parte de personas solteras, cualquiera fuere su orientación sexual.

Asimismo, el art. 17 establece que no se admiten los procesos de fecundación *in vitro* respecto de parejas de personas del mismo sexo, en cualquiera de sus modalidades.

También en este caso se presume que se hace referencia a que no sería aplicable la presunción legal de co-paternidad o co-maternidad en caso de tratarse de parejas de personas del mismo sexo, que si resulta aplicable a los matrimonios heterosexuales que recurren a las mismas técnicas de reproducción asistida. Por otro lado, toda mujer, cualquiera fuera su orientación sexual y estado civil puede recurrir a tales técnicas de fecundación *in vitro*, en cualquiera de sus modalidades. Asimismo, tampoco queda claro si en las uniones civiles de parejas de personas de distinto sexo opera per se la presunción legal de paternidad.

Ya existen en el país miles de familias constituidas por parejas de personas del mismo sexo, muchas de las cuales crían a hijos/as adoptados/as por uno de sus miembros o nacidos/as biológicamente mediante técnicas de reproducción asistida. La falta de reconocimiento legal conlleva a que en el caso de que los padres o madres biológicas o adoptantes fallecieran, los niños y niñas quedan en situación de orfandad ya que los/as otros/as padres o madres no son reconocido/as por la ley, por lo cual la justicia podría entregarlos/as a otro familiar o a una nueva familia, lo cual podría implicar una doble pérdida, tanto la de su pareja como las de sus propios/as hijos/as, a quienes criaron, protegieron y amaron. Ello, también conllevaría a que los/as niños/as puedan perder, al mismo tiempo, a ambos/as padres y madres que los/as criaron.

Asimismo, en caso de fallecimiento de su madre o padre no reconocido legalmente, sus hijos/as no pueden heredarlos/as; así como tampoco pueden acceder, en vida, a su obra social. En caso de separación de la pareja, tampoco se puede reclamar, en su representación, el derecho a alimentos o al régimen de visitas.

Por ello, el presente proyecto no responde al trato desigualitario que miles de niños/as argentinos/as reciben por parte del Estado, reeditándose la injusta diferenciación que efectuaba nuestro Código Civil entre hijos/as matrimoniales y extramatrimoniales; discriminación que hoy sufren los/as hijos/as de parejas de personas del mismo sexo.

Las familias homoparentales ya existen, y habrá nuevas familias homoparentales que tendrán hijos/as mediante la adopción de uno de su miembros o a través de técnicas de fertilización asistida de una de las mujeres de la pareja y si su falta de reconocimiento por parte del Estado ocasiona y ocasionará gravísimos daños a millones de hombres y mujeres homosexuales y a sus hijos/as, el presente proyecto implica, lisa y llanamente, la legalización de la discriminación, un claro retroceso en el camino a lograr la igualdad de todas las familias.

En reciente jurisprudencia se ha ordenando a una obra social a pagar la fertilización asistida de una pareja de mujeres lesbianas, sentando un importante precedente al considerar que "se trata de una familia basada en una pareja constituida por dos mujeres"²⁶; a su vez, en otro antecedente se expresó: "convalidar el matrimonio entre personas del mismo sexo no viene a crear una realidad, sino a reconocerla"²⁷.

Al respecto, el Principio N° 24 de Yogyakarta sobre la Aplicación del Derecho Internacional de Derechos Humanos a las Cuestiones de Orientación Sexual e Identidad de Género dice: "Toda

²⁶ "P., M.E. y otros C/ OSCBA (Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires) s/ Amparo (art. 14 CCABA). Juzgado en lo Contencioso Administrativo N° 5 de la Ciudad de Buenos Aires"-.

²⁷ Amparo por matrimonio para personas del mismo sexo promovido por las Sras. Carolina Pérez y Verónica Dessio por ante el Tribunal Oral en lo Criminal N° 2 de La Plata, 2010.

persona tiene el derecho a formar una familia, con independencia de su orientación sexual o identidad de género"²⁸.

Ello, toda vez que la pauta de interpretación que por excelencia corresponde al Derecho Internacional de los Derechos Humanos es el principio "pro homine". El mencionado principio goza de jerarquía constitucional, dada su expresa recepción en el artículo 29.b de la CADH, que sostiene que ninguna disposición del propio tratado puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados. Conforme la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), la consecuencia necesaria de dicho artículo implica que "...si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana" Corte IDH, La Colegiación Obligatoria de Periodistas [arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos]. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 52.

- ARTÍCULO 24.- Objeción de conciencia. Se garantiza el derecho a la objeción de conciencia de cualquier persona que tuviere que intervenir en actos jurídicos o administrativos vinculados con las regulaciones de la presente ley.

Cabe advertir que la existencia de un articulado como el indicado *ut supra* resulta no solo altamente perjudicial, sino lisa y llanamente ilegal, ya que implica una autorización legislativa para incumplir con la ley vigente, lo que resulta contradictorio con los principios federales y por otra parte implica una desvirtuación de la figura de la "objeción de conciencia".

En concreto, constituye un impedimento para:

²⁸ Existen diversas configuraciones de familias. Ninguna familia puede ser sometida a discriminación basada en la orientación sexual o identidad de género de cualquiera de sus integrantes. Los Estados: Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar el derecho a formar una familia, incluso a través del acceso a adopción o a reproducción asistida (incluyendo la inseminación por donante), sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género".

A.- El ejercicio democrático del acceso a la justicia y la administración pública y el efectivo ejercicio de los derechos humanos de la ciudadanía. Los/as funcionarios/as estatales que desempeñen sus funciones tanto en la órbita judicial como administrativa tienen el deber inexorable de atenerse a los marcos de legalidad legítimamente asignados, y no pueden apartarse de las normas ni de las obligaciones que emanan de estas. De otro modo, se estarían vulnerando derechos que la propia ley reconoce pero que sujeta su cumplimiento a la arbitrariedad del/a funcionario/a de turno, todo lo cual generaría situaciones de disparidad entre la ciudadanía y la consiguiente obstrucción de sus derechos fundamentales²⁹.

B.- Asimismo, tales arbitrariedades constituirían prácticas discriminatorias que, solapadas bajo el eufemismo de objeción de conciencia, fácilmente esconderían actitudes de naturaleza discriminatoria. Como sostiene parte de la doctrina, "la conducta de los objetores suele estar fundada en razones que impugnan moralmente ciertas políticas públicas"³⁰ cuyo efecto es entorpecer los derechos fundamentales de las personas que recurren a la administración

²⁹ En este punto resulta pertinente traer a colación un caso traído de la jurisprudencia española, en el cual la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de Valencia rechazó que los jueces se acojan a la objeción de conciencia para no celebrar bodas homosexuales. La decisión se produjo luego de que el titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Sagunto (Valencia), Pablo de la Rubia Comos, pidiese al Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) que le autorizase a no celebrar estas uniones por motivos de conciencia y religión. En la sentencia, el Tribunal señaló que el juez está sometido a la ley "en cualquiera de los cometidos que tiene atribuidos y convierte su intervención, precisamente en garantía de los derechos e intereses de todos". Además, consideró que en el caso del juez de Valencia su función "tiene un carácter técnico, absolutamente desvinculado de toda práctica religiosa". "Uno de los rasgos distintivos de la posición de los jueces es su sumisión única a la legalidad", pues "en caso contrario -relata en la sentencia- se resentiría esencialmente la configuración del Poder Judicial y la función de garantía del ordenamiento jurídico y de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos que el constituyente le ha confiado". Por otra parte, el Tribunal sentenció que la jurisprudencia constitucional española "no ofrece base para afirmar la existencia de un derecho a la objeción de conciencia de alcance general". En su opinión, si esto existiese, "equivaldría a que la eficacia de las normas jurídicas dependiera de su conformidad con cada conciencia individual, lo que supondría socavar los fundamentos mismos del Estado democrático de Derecho". http://www.elconfidencial.com/cache/2009/05/29/sociedad_62_supremo_r echaza_jueces_aleguen_objeccion_conciencia_celebrar.html.

³⁰ Marcelo, Alegre, Opresión a conciencia. La objeción de conciencia en la esfera de la salud sexual y reproductiva, en Derecho y sexualidades, Ed. Librería, Buenos Aires, 2010, p. 17.

pública, sobre la base de aquellas argumentaciones, que muchas de las veces explicitan valores religiosos al jerarquizar, como en este caso, determinadas prácticas socio sexuales.

C.- No es posible, además, permitir a los/as objetores/as de conciencia su práctica, en tanto podrían incurrir en una violación a la ley de ética de la función pública³¹, e incluso su conducta podría llegar a constituir el delito de incumplimiento de deberes de funcionario público³². Es decir, por su propia responsabilidad, y la situación de privilegio que ocupa dentro de la esfera pública, el/la objetor/a de conciencia podría constituirse en un obstáculo para la disponibilidad de los servicios que efectivamente debe garantizar debido a su estatus. Así, "La objeción de conciencia debe ser regulada con especial detalle y de modo restrictivo en el ejercicio de la profesión, cuando por vía de la objeción se ponen en riesgo valores como la vida y la salud de terceros, o el disfrute de importantes derechos constitucionales o legales"³³. Debe destacarse que cuando un/a funcionario/a se niega a celebrar un matrimonio entre personas del mismo sexo, parece no estar cumpliendo con las funciones que se comprometió a desarrollar. Si el derecho no permite que el Estado avance sobre las doctrinas comprensivas de los ciudadanos, ni que algunos individuos impongan modos de vida a otros, tampoco debería permitir que los/as funcionarios/as avancen con sus propias concepciones sobre las de los/as administrados/as. Admitir este derecho a los/as funcionarios/as sería equivalente en muchos casos a negárselo a los/as administrados/as y admitir que el

³¹ ETICA EN EL EJERCICIO DE LA FUNCION PUBLICA Ley 25.188, sancionada: Septiembre 29 de 1999 y promulgada: Octubre 26 de 1999.

³² Código Penal: Art. 77: Para la inteligencia del texto de este Código, se tendrá presente las siguientes reglas: ...Por los términos "funcionario público " y "empleado público " respectivamente, usados en este Código, se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente.

Art. 248: Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial por doble tiempo, el funcionario público que dictare resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales o ejecutare las órdenes o resoluciones de esta clase existentes o no ejecutare las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere.

Art. 249: Será reprimido con multa de \$ 750 a \$ 12.500 e inhabilitación especial de un mes a un año, el funcionario público que ilegalmente omitiere, rehusare hacer o retardare algún acto de su oficio. (Nota: texto conforme ley [Nº 24.286](#))

³³ Como arguye Marcelo Alegre, ob. Cit.

derecho se tiña con el carácter de la doctrina comprensiva del funcionario³⁴.

D.- Por otro lado, la objeción de conciencia, en caso que no este regulada, puede ser peligrosa en tanto permitiría un ejercicio irrazonable y abusivo del derecho del/a objetor/a en perjuicio del/a ciudadano/a al promover una relación asimétrica entre quien dispone de autoridad pública y el/a ciudadanía, que resulta ser la destinataria de las políticas públicas.

E.- El punto principal de la arbitrariedad de esta institución es que aparece solo respecto a matrimonios (o en términos del proyecto "uniones civiles") de personas del mismo sexo, y no está regulada, sin embargo, para el caso contrario. Esto constituye una desigualdad irrita que implica una diferencia en la percepción valorativa de un caso y el otro.

En resumen y en base a todo lo reseñado *ut supra*, puede colegirse que el artículo en estudio resulta inconveniente e incluso violatorio de los derechos humanos de todas las personas que se encuentren "amparados" por esta ley, pues la objeción de conciencia prevista mantiene la naturaleza diferencial de la institución respecto del matrimonio, en virtud de que la Ley de Matrimonio Civil no contiene una norma de igual previsión.

Finalmente, los artículos del proyecto referidos a aspectos patrimoniales resultan contradictorios entre si, ya que establecen criterios incompatibles con el propio espíritu del proyecto de "unión civil" y que implicarán en la práctica planteos judiciales debido a la deficiencia en su técnica legislativa.

IV. CONCLUSIÓN:

Por los motivos expuestos, es opinión del INADI que la aprobación del texto examinado sobre la propuesta de Unión Civil, en los términos señalados, no resulta compatible con la ley N° 23.592 y

³⁴ "La objeción de conciencia en el marco de la razón pública". Diego M. Papayannis en www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/09Jurica04.pdf

las normas de rango constitucional y supranacional enunciadas precedentemente.

La iniciativa del presente proyecto de "Ley de Unión Civil" y el rechazo del proyecto de ley sobre "Matrimonio Igualitario" impide el acceso de parejas de personas del mismo sexo al derecho civil del matrimonio, lo cual resulta palmariamente discriminatorio; asimismo, desconoce la preexistencia de las familias homoparentales en la realidad social, las cuales no constituyen un nuevo tipo de familia, sino que existen desde siempre, más o menos invisibilizadas socialmente.

Por todo ello, este Instituto concluye que, el proyecto de "Ley de Unión Civil" y el rechazo del proyecto de ley sobre "Matrimonio Igualitario" hace incurrir al Estado Argentino en un acto de discriminación formal en virtud de los articulados aquí señalados como contrarios a la Constitución Nacional, el PIDESC y otros tratados de igual jerarquía, la ley 23.592, y normas concordantes y complementarias; que además constituye un incumplimiento de los tratados internacionales suscriptos por el Estado generando la responsabilidad legal del mismo ante el derecho internacional en el marco de la pacífica doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia de la nación; y se genera una violación continua de un derecho humano, en detrimento de un conjunto de personas únicamente en virtud de su orientación sexual, cuestión que debería ser completamente indiferente en lo atinente al pleno goce de los derechos humanos.