



# ***El Fallo del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario No 15., A. c/GCBA s/Amparo. Tres anotaciones iusfilosóficas y una objección egológica a partir del fallo***

***Diego Luna***

*Departamento de Filosofía del Derecho*

*Facultad de Derecho*

*Universidad de Buenos Aires*

*Buenos Aires – Argentina*

*lunadiego2002@yahoo.com.ar*

## **1. Introducción**

Es nuestro propósito reseñar el fallo dictado el 10 de noviembre de 2009 por el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario nº 15 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en la causa “Freyre Alejandro c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)”, en el cual se hizo lugar al amparo presentado por A. F. y J. M. D. B. contra el Gobierno porteño, para que se ordene al Registro Nacional de Estado Civil y Capacidad de las Personas que les permita contraer matrimonio y se declaren inconstitucionales los artículos 172 y 188 del Código Civil, posibilitando así el matrimonio entre dos hombres. Recordemos los artículos mencionados:

Artículo 172: *“Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por hombre y mujer ante la autoridad competente para celebrarlo. El acto que careciere de alguno de estos requisitos no producirá efectos civiles aunque las partes hubieren obrado de buena fe, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente”.*

Artículo 188: “El matrimonio deberá celebrarse ante el oficial público encargado del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas que corresponda al domicilio de cualquiera de los contrayentes, en su oficina públicamente compareciendo los futuros esposos en presencia de dos testigos y con las formalidades legales. Si alguno de los contrayentes estuviere imposibilitado de concurrir, el matrimonio podrá celebrarse en el domicilio del impedido o en su residencia actual, ante cuatro testigos. En el acto de la 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, y pronunciará en nombre de la ley que quedan unidos en matrimonio. El oficial público no podrá oponerse a que los esposos, después de prestar su consentimiento, hagan bendecir su unión en el mismo acto por un ministro de su culto”.

Lo destacado no es del original. Artículos sustituidos por art. 1° de la Ley N° 23.515 B.O. 12/6/1987.

Nos limitaremos a efectuar una reflexión iusfilosófica centrada en el aspecto axiológico de la decisión adoptada por la jueza Gabriela Seijas. No serán objeto de análisis otras cuestiones, tal vez de importancia práctica más acuciante, tales como la problemática del alcance del ejercicio del control de constitucionalidad que les corresponde a los jueces ordinarios de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; o las implicancias que en el entramado de relaciones jurídicas –laborales, previsionales, sucesorias, comerciales, etc.– habrá de surtir el heterodoxo matrimonio a celebrarse. Dejaremos de lado, también, el trasfondo político que podría escudriñarse tras la propia decisión jurisdiccional comentada, como así también de la estrategia asumida por los distintos actores involucrados, en particular por el Poder Ejecutivo porteño.

En primer lugar repasaremos los argumentos centrales de la decisión judicial, luego –tal como lo anuncia el título– haremos una puesta en valor intelectual de los aportes egológicos, no sin una objeción del mismo tenor. Finalmente, aprovechando esa crítica iusfilosófica, habremos de destacar el acierto axiológico de la resolución comentada y aprovecharemos la ocasión para señalar la postura iusnaturalista como defensa ideológica del matrimonio heterosexual.

## **1. Los argumentos centrales del fallo**

Según los considerandos de la decisión reseñada, los actores pretendían que la pareja que conforman adquiriese el mismo estatus público de

las unidas en matrimonio. Para abordar el nudo del asunto, la jueza consideró necesario examinar si resultaba legítima la restricción al derecho a contraer matrimonio, a la luz de una hermenéutica constitucional de los textos normativos en juego. La solución del caso requería así dilucidar si la prohibición legal que impedía a los actores contraer matrimonio, resultaba o no discriminatoria con base en su orientación sexual.

A este respecto, consideró que *“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”*. A su vez, abordó el problema desde una concepción antidiscriminatoria *“que pone énfasis en el efecto objetivo de excluir a cierto grupo del goce de un derecho o del acceso a un beneficio”*. Sostuvo así que, 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”*.

Tras una reseña de la evolución del matrimonio como institución social, descartó la idea de un significado *“natural o recto, y por lo tanto privado de influencias históricas, del instituto del matrimonio civil”*. Sostuvo así, que resulta evidente que el matrimonio ha podido sobrevivir a su secularización y no pareciera que hubiera agotado ni su fuerza ni su evolución.

Argumentó así, que la exclusión de los actores de acceder a la categoría socialmente aprobada de *“casados”* los privaba de activos valiosos, tanto en términos onerosos cuantitativos, como en términos cualitativos de respeto social, patentizando un daño ilegítimo en cuanto que esa exclusión, obedecería a una consideración de aquellos como seres humanos menos valiosos que otros. En tal sentido, explicó 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”*. La exclusión de los beneficios y responsabilidades del matrimonio para los actores *“representa una forma radical de afirmar que la pareja de los actores no merece el pleno reconocimiento estatal”*.

Concretamente, respecto de las normas del Código Civil atacadas, afirmó que contradicen las cláusulas constitucionales que garantizan la igualdad de las personas y que si bien el Gobierno local no tenía potestades para invalidarlas, ello no sería obstáculo para admitirlo en sede judicial. La declaración de inconstitucionalidad de los artículos 172 y 188 no haría 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”*.

## 2. Examen fenomenológico del matrimonio según Cossio

Carlos Cossio afirmaba, a finales de la década del sesenta del siglo pasado, que el valor convivencial que en esencia dotaba de sentido al fenómeno matrimonio como institución jurídica, era la solidaridad marital que no difiere de la solidaridad conyugal, como particular expresión de una su-puesta solidaridad inmanente entre hombres y mujeres. Postulaba Cossio: “*Esta solidaridad de los sexos es constante; no declina desde la pubertad a la vejez; está en el ente sexuado como comprensión del otro sexo; pertenece al ser de este ente*” (Cossio, 1969: 105).

La solidaridad conyugal así entendida, otorgaría el sentido último al matrimonio y esa solidaridad entre hombre y mujer, justificaría el hecho de no haberse dado en la historia –hasta ese entonces– el reconocimiento matrimonial entre dos personas del mismo sexo. Se trata de una solidaridad distinta de la solidaridad de los amigos, los compañeros o los camaradas que, claro está, cabe –incluso agudizada– entre los homosexuales. Una solidaridad mutua y recíproca entre los sexos opuestos. Según Cossio, la exigencia de heterosexualidad del matrimonio sería un elemento esencial –un reclamo existencial del ente mismo–. Así como en el último estrato existencial el matrimonio reclama la humanidad de los cónyuges, así también –decía– surge en otro estrato menos profundo del mismo ente la exigencia heterosexual del matrimonio (Cossio, *ibid.*).

Sin embargo, Cossio advirtió también que el sentido del vínculo matrimonial, no sólo vendría otorgado por el valor jurídico encarnado en la solidaridad conyugal, sino también por otros valores como la paz conyugal, en cuanto complementación armónica o la seguridad conyugal, como seguridad doméstica. Pero la medida de ese otorgamiento de sentido matrimonial posibilitado por los valores solidaridad, paz o seguridad, como es propio de todo juego de valoración jurídica, tomaría siempre de ellos su sentido positivamente valioso en tanto y en cuanto de ello resultase una mejor posibilidad de entendimiento societario.

Es decir, sólo hay una expresión de justicia en el sentido matrimonial otorgado por la solidaridad conyugal, en la medida en que esa solidaridad lleve consigo la posibilidad de una mejor convivencia social. De ello se sigue, sin más, que resulta posible admitir la existencia de varios modos de normalidad social matrimonial, diferentes de otros modos presentados por las concepciones *sexualista* y *procreacionista*, que ven –por ejemplo– en la esencia valiosa del matrimonio, la realización plena del acto sexual o la perpetuación de la especie humana (Cossio, 1969: 96). Tales concepciones

se ven comprometidas por los casos del matrimonio de los contrayentes con recíproco voto de castidad, o las parejas estériles o de la mujer posmenopáusica, a los que –aparte su heterosexualidad– nadie discutiría su estatuto marital. Decía Cossio al respecto:

*“...frente a un matrimonio sin hijos, ningún juez argentino pretendería hallar en ello un fundamento axiológico para disolver el vínculo matrimonial. Tampoco sostendría semejante pretensión frente a un matrimonio celebrado con una mujer que ya hubiere traspuesto la menopausia o a uno entre dos cónyuges ancianos” (...) “son otros valores de autonomía (la seguridad y la solidaridad), los que dan la clave de la comprensión jurídica relativa a aquellas uniones matrimoniales entre cuyas posibilidades ya no está la de los hijos (mujeres que han pasado la menopausia) y ni siquiera la del acto sexual (matrimonio con uno o ambos cónyuges seniles)” (Cossio, op. cit.: 77 y 88).*

No obstante el carácter valioso e incluso la imposición legal que en algunas culturas alcanzara la relación homosexual, Cossio destacaba el hecho de que nunca se había reconocido en la cultura occidental, el sentido matrimonial de la unión de dos personas del mismo sexo. Esa valoración, tal vez vigente en la época en que lo escribiera, Cossio la identificaba con un ideal puro y de ahí, el maestro tucumano, efectuaba un salto hacia la afirmación de que la heterosexualidad del matrimonio estaría en el fundamento de la institución misma, respaldada por una esencial valoración invariable.

Nosotros consideramos que al identificar una valoración real con un valor ideal, haciéndolo aparecer como inalterable, Cossio incurría en el vicio de iusnaturalismo que él mismo supo conceptualizar oportunamente como error metodológico en el conocimiento jurídico, que opera cuando el intérprete trata como un contenido de experiencia necesaria, lo que no es más que un contenido contingente, identificando así el valor concreto que se realiza en los hechos con un valor ideal (Cossio, 1954: 26-27). Se trata de la falacia naturalista de derivar del ser efectivo y concreto, por definición contingente, un deber ser axiológico e ideal, de carácter necesario y constante.

### **3. Examen axiológico de la decisión judicial**

Creemos que la jueza de nuestro caso ejerció un acto de valentía judicial. Al recepcionar la valoración positiva contenida en una nueva situación de raigambre social –la unión matrimonial sin distinción de sexos, del cual el matrimonio homosexual sería sólo una especie–, proyecta como sentido matrimonial para dar fuerza de convicción a su sentencia, el sentido de la

misma solidaridad conyugal de la que hablaba Cossio. En esa solidaridad conyugal, cuyo contenido contingente en cuanto valoración real habría sufrido un profundo cambio en las cuatro décadas posteriores a la obra cosiana (1969-2009), se asienta justamente la posibilidad del entendimiento societario como mejor posibilidad contenida en el caso. He aquí la justicia de la solución adoptada por la jueza Seijas.

Con cita del voto de Enrique Petracchi en el caso “Sejean” (Fallos, 308:2268), nuestra jueza afirma que 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. Y agrega: *“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”*.

El pasaje transcrito merece el escrutinio pormenorizado de sus presupuestos iusfilosóficos. El fenómeno jurídico “familia” no es algo que deba construirse conceptualmente a partir de definiciones más o menos convencionales, ni mucho menos, legales. Está ahí, delante de nuestros ojos. Sabemos que existen, dice nuestra jueza con innegable realismo jurídico, y pasa a considerar a renglón seguido la posibilidad de su expresión normativa más adecuada, o la necesidad de la adecuación de las normas a la realidad. La egología del razonamiento fluye de sí mismo: la expresión normativa de la realidad jurídicamente valiosa, es la que debe adecuarse frente al cambio social consumado. El ideal real pareciera mostrar la vigencia de una valoración social que coloca en igualdad de condiciones, con idéntico sentido matrimonial, tanto las relaciones de pareja heterosexuales, como las homosexuales.

La sentencia, en este orden de ideas, no hace otra cosa sino recoger ese ideal real y –provocando un quiebre en la tradición– permite proyectar nuevos horizontes jurídicos como posibilidad de apertura hacia una mejor convivencia social. La jueza comprende su rol en el problema, que trasciende el caso a resolver en cuanto que es un problema de la sociedad que ella misma integra. Sólo que, ante la conciencia de la injusticia que implicaría una sentencia respaldada en la lectura más simple de la ley y aún pudiendo aducir que la solución correspondería al legislador, rechaza semejante actitud de cobardía jurídica dando lugar a una asunción revolucionaria de la función jurisdiccional. En efecto, tal como lo esclareciera Cossio:

*“Tener la conciencia de una sentencia inconveniente por su injusticia, pero respaldarse para ello en la lectura más simple de la ley y justificarse aduciendo que el remedio corresponde al legislador es*

*una actitud prevalente de los jueces argentinos, que no pone en crisis su conciencia filosófica”* (Cossio, 1961: 261).

El carácter revolucionario de la resolución, viene dado por su aptitud para configurar un cambio en la lógica de los antecedentes jurídicos que la precedieron (Cossio, 1936: *passim*). Importa un impulso heterónimo tendiente a cimentar una nueva modalidad convivencial. Revitaliza la solidaridad en cuanto deber de soportar como propio, el destino de los otros y despeja parcialmente del ostracismo la condición homosexual, integrándola en el mismo proyecto societario común.

Los buenos jueces, cuando afrontan un caso que de alguna manera se presenta ajeno a la normalidad expresada por las normas generales, no se limitan a invocar la norma elegida como solución para subsumirlo en ella, sino que buscan de hacer explícita la peculiaridad axiológica inherente al caso mismo con que éste se presenta, directamente como experiencia perceptible (Cossio, 1969: 78-79). Precisamente, argumenta la jueza que: *“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”*.

Se trata de establecer una nueva *normalidad*, comprensiva de una noción más amplia de matrimonio, a partir del valor contenido en la propia normalidad del matrimonio homosexual como mejor entendimiento convivencial; de la aceptación de la mejor posibilidad como justicia emanada de una auténtica revitalización coexistencial. En tal sentido puede afirmar que: *“...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”*. Y agrega: *“en los casos de Estados Unidos –a través de una sentencia de la Suprema Corte Judicial de Massachussets, 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”*.

Precisamente, recurriendo a palabras de Cossio, no obstante el error metódico señalado, con el reconocimiento jurídico de matrimonio le adviene a la solidaridad sexual –heterosexual u homosexual, no importa, agregamos nosotros–, en cuanto sentido del trato conyugal de la pareja, esa firmeza heterónoma que corresponde a la ley axiológica general que prescribe *“es valioso legalizar lo valioso”* (Cossio, 1969: 105). El interés de la

comunidad en legitimar la protección de valoraciones y standards éticos compartidos por conjuntos de personas, aún minoritarios, es lo que da fundamento a la convivencia armónica. Según Petracchi, ese mecanismo constituye una de las formas más eficaces de resguardar la coexistencia social pacífica (en su voto del fallo “Sejean”, de cita ineludible en la sentencia que nos convoca).

#### **4. La defensa iusnaturalista del matrimonio heterosexual**

La jueza Seijas no descuidó advertir acerca de las críticas que habría de recibir su sentencia e identificó el origen de algunas de ellas: “...*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*” (...) “*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*”.

No quisiéramos dejar pasar la ocasión de glosar unos pasajes de una sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil del año 2007, relativa al caso de dos mujeres que pretendían contraer matrimonio (1) y que sintetizan la postura iusnaturalista. Allí se afirmó, con votos de José L. Galmarini, Eduardo A. Zannoni, Fernando Posse Saguier y cita de Graciela Medina (*Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2001) que: “*La norma que establece que el matrimonio debe celebrarse entre personas de distinto sexo tiene una justificación absolutamente objetiva y razonable, que consiste en el interés del Estado en privilegiar las uniones que tienden a continuar la especie, sirven para la procreación y dan base a la familia*”.

Ya hemos visto la refutación de este tipo de argumentos al comentar las ideas cossianas. Sólo agregamos ahora que, conforme las valoraciones sociales vigentes actualmente, pocos estarían en condiciones de negar que el reconocimiento de un grupo de pertenencia, afinidad, ascendencia o descendencia, no necesite tener por base un matrimonio para ser reconocido como familia; ni resulta indispensable el matrimonio, para la procreación.

El fallo de la Cámara Civil ha podido ser defendido con argumentos del mismo tenor iusnaturalista: “*por una sabia decisión de la naturaleza, resulta que hagan lo que hagan en sus dormitorios –o donde quieran, pues el problema no es geográfico, sino biológico–, Juan con Juan o María con María jamás van a poder tener un hijo entre sí. En los miles de años de humanidad, nunca jamás nadie pudo hacerlo de ese modo. La ciencia explica perfectamente el porqué de esta imposibilidad*” (Scala, 2008). Definido así el matrimonio por su remisión a una supuesta finalidad procrea-



tiva esencial, puede entenderse la siguiente afirmación del autor citado, que es –en realidad y en la medida de su petición de principio– un seudo argumento: *“los homosexuales no quieren tener hijos, ni quieren contraer nupcias. Siendo esto así, luce evidente que no pueden registrar su unión, como si fuera un matrimonio. Porque no lo es, y porque su voluntad implícita –pero real– es no casarse”*.

Luego de colocar en comparación –por vía de hipótesis– la pretensión de matrimonio homosexual, con el matrimonio entre padre e hija o entre yerno y suegra, los integrantes del tribunal reconocieron: *“Se trata en todo caso de cuestiones que atañen a valoraciones de orden público familiar que responden a tradiciones seculares, como es la prohibición del incesto o la monogamia. La heterosexualidad también atañe a ese tipo de valoraciones”*. Es decir, admitieron que la heterosexualidad del matrimonio, por muy secular que fuera, no deja de ser una valoración social que hace a la conformación de la institución “familia”.

En síntesis, tanto la familia como el matrimonio en sí, en cuanto construcción social –salvo que se identifique una valoración real de una época determinada, con un valor ideal e inmutable– resulta, por esencia, contingente y modificable en el tiempo. Se comprende así el sentido ideológico de la defensa esgrimida por la postura iusnaturalista, en cuanto presenta como un dato invariable de la realidad, lo que no es sino un estado de cosas contingente que resulta funcional a los intereses de los sectores más conservadores de la sociedad. La apelación a la preservación de la especie humana mediante la procreación admitida sólo en el seno de la familia constituida sobre la base del matrimonio, no puede sostenerse ante el irrefutable hecho de la realidad que presenta la existencia de matrimonios –heterosexuales– sin hijos y familias, con descendencia, sin matrimonio previo.

## **Conclusiones**

Tal vez, culminando la primera década del Siglo XXI, podríamos afirmar que la valoración secular a la que aludiera la Cámara Civil y en cuya defensa se empeña el iusnaturalismo conservador, estaría perdiendo vigencia como valor real en la sociedad argentina. Tal hipótesis podría verse confirmada por la escasa trascendencia que, en términos de efectiva conflictividad social, ha provocado entre las distintas capas de la composición comunitaria el fallo de la jueza Seijas, más allá de la específica reacción lanzada desde plataformas iusnaturalistas.

Después de todo, no sería la primera vez en la historia de la cultura occidental que los desarrollos sociales de la modernidad o pos-modernidad, dieran por tierra con una valoración sostenida durante siglos.

### Nota

- 1) CNCiv., Sala F, “R., M. de la C. y otro c. Registro Nacional de Estado y Capacidad de las Personas s/medidas precautorias”, del 26/09/07 (*ED*, 30/10/07, fallo nro. 11.872). El caso esperaba su decisión en la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con un extenso y documentado dictamen del Procurador General Esteba Righi del 05/08/09 (S.C. R. N° 90; L. XLIV), en el que proponía –en definitiva– que dada “*la multiplicidad de aristas que ofrece la condición legal de la pareja homosexual –todas ellas inatendidas por la normativa vigente– (...) sería conveniente llevar el problema a conocimiento de las autoridades correspondientes*”, es decir, al Poder Ejecutivo y al Legislativo tal como en el caso “Badaro” (Fallos 329:3089, consid. 19). Con posterioridad al fallo comentado, se sucedieron sentencias análogas dictadas por los jueces Guillermo Scheibler y Elena Liberatori y la sanción de la ley 26.618, que autorizó el matrimonio entre parejas del mismo sexo. Así, la CSJN resolvió en esa causa que “*resulta inoficioso un pronunciamiento del Tribunal sobre la cuestión federal planteada, ante el dictado de la ley 26.618*” (R. 90. XLIV, rta. 24/08/10).

### Lista de Referencias

- COSSIO, C. (1936). **El concepto puro de revolución**. Bosch. Barcelona.
- \_\_\_\_\_ (1954). **La valoración jurídica y la ciencia del derecho**. Arayú. Segunda Edición. Buenos Aires.
- \_\_\_\_\_ (1961). “Teoría y práctica del derecho”. En: Jorge A. Paita (comp.). **Argentina 1930 – 1960**. Sur. Buenos Aires.
- \_\_\_\_\_ (1969). **La causa y la comprensión en el derecho**. Juárez. Cuarta Edición. Buenos Aires.
- SCALA, J. (2008). “Uno más uno, dos. Uno más dos, tres. Dos no es igual a tres”. **El Derecho**, vol. 225. Universitas. Buenos Aires.