



“MATRIMONIO IGUALITARIO”

Autor: María Jesús Vigarra

**Universidad Católica de Santiago del Estero-
Departamento Académico Rafaela- Santa Fe.**

maruvigarra@hotmail.com;

mjvigarra@trivelli-allochis.com.ar; maria.vigarra@ucse.edu.ar

Resumen: El nuevo modelo matrimonial se caracteriza por el reconocimiento de la autonomía privada y de los derechos individuales de los cónyuges, cuyos intereses y libertad individual se tutelan preferentemente frente al interés del grupo familia. El matrimonio igualitario aprobado e incorporado en nuestro país, con la sanción de la ley 26.618, posiciona a Argentina en el décimo país en aceptar este régimen. La incorporación de esta modificación al código civil ha sido criticada por numerosos doctrinarios y juristas, en cuanto a la metodología utilizada y los problemas de interpretación/aplicación que presenta. Sin perjuicio de ello esta reforma viene a regir las transformaciones sociales que van generando dentro de la sociedad la necesidad de crear/ reglamentar derecho ante los fenómenos humanos, a modo de acompañamiento a la cultura en la que hombre vive inmerso y en la requiere reglas para vivir/convivir.

Palabras Claves: Homosexualismo- Matrimonio- Derecho Vigente- Interpretación.

INTRODUCCIÓN:

El objetivo de este trabajo es el análisis del Nuevo Régimen Matrimonial, el surgimiento en distintos países del mundo y en nuestro país; los cambios producidos en el orden social que trastocan las instituciones y en forma directa la familia y sus relaciones sociales, generando así una nueva realidad cultural. Investigando la temática desde un pensamiento sistemático, con la aplicación de los distintos enfoques conceptuales adquiridos en las cátedras de Psicología, Sociología, Antropología, Matrimonio y las ideas intercambiadas en un taller interdisciplinario.



En nuestro país la temática se ha tratado mediante una reforma parcial dejando muchos artículos sin modificar y numerosos puntos importantes sin resolver; así la desprolijidad y falta de rigor científico hace necesaria una nueva reforma que coordine y actualice las instituciones del derecho de familia y demás ramas vinculadas.

Todo ello sin que implique privar a las personas homosexuales del derecho a contraer matrimonio y formar una familia, beneficio ya adquirido mediante la sanción de la Ley 26.618 sancionada el 15/07/10.

Capítulo I:

EL HOMOSEXUALISMO: Sumario: Concepto. Breve Resumen Histórico.

Concepto:

De las distintas conceptualización que se le ha dado al termino existen diversas características en que los autores coinciden: Etimológicamente homosexual es un híbrido del griego *homo*, que significa “semejante” -a veces se confunde con el significado latino, “hombre”- y del latín *sexualis*, sugiriendo refiere a una relación sexual y sentimental entre personas del mismo sexo, caracterizándose en efecto por la atracción sexual por las personas del mismo género sintiendo indiferencia hacia personas del sexo opuesto.

El término Homosexual surge en 1869 por Karl- María Kertbeny, fue un escritor, poeta, traductor del húngaro al alemán, patriota húngaro, pionero del movimiento de liberación Homosexual.

Breve Resumen Histórico:

Desde una perspectiva histórica la homosexualidad aparece prácticamente en todas las épocas y sociedades. En la Grecia Clásica era practicada y socialmente aceptada con sentido pedagógico de formación de los jóvenes adolescentes. En Roma las relaciones homosexuales se practicaban entre adultos hombres y mujeres.

En el mundo islámico estaba prohibida por el Corán. En los hebreos fue condenado y se expresa en el antiguo y nuevo testamento, San Agustín y Santo Tomás consideraban al homosexualismo un grave pecado *contra naturam*; esta influencia del cristianismo llevo a que en la edad media fueran perseguidos, reprimidos y condenados.

En épocas de la Revolución Francesa Napoleón despenalizó la homosexualidad entre personas adultas, aunque socialmente era una falta grave contra la moral y las buenas costumbres.

Con la influencia del neurosiquiatra y sexólogo Richard von Krafft-Ebbing en 1886 se pasó de la concepción medioeval del homosexualismo a la concepción patológica mental del mismo, así hasta finales del S. XX se lo consideró una enfermedad mental. A finales del S. XX se generaron movimientos destinados a poner fin a la discriminación e intolerancia, pero con el nazismo resurgieron las persecuciones.

Finalmente en 1994 la Organización Mundial de la Salud, en su Clasificación Internacional de enfermedades excluyó la Homosexualidad del listado de patologías mentales. En ese mismo año el parlamento europeo emite una resolución que permite a los homosexuales contraer matrimonio o acceder a regímenes jurídicos equivalentes.

A partir de allí varios países del mundo le fueron dando un marco de legalidad hasta llegar a nuestros días en que el debate sobre la legalidad y los alcances del matrimonio entre personas del mismo sexo es uno de los más agitados y dinámicos del mundo occidental.

Ya son diez países en el mundo que han aprobado el matrimonio entre personas del mismo sexo, permitiéndole el trato legal semejante a los matrimonios heterosexuales fundándose en el principio de igualdad y no discriminación de esta nueva clase social.

Capítulo II:

NUEVA CONCEPCIÓN DEL MATRIMONIO CIVIL:

Sumario: Cambios sociales y mutación del matrimonio tradicional.

Matrimonio Igualitario y/o Uniones de hecho en el derecho comparado.

La ley 26.618 nuevos paradigmas.

Cambios Sociales y mutación del matrimonio tradicional:

En la noción clásica de matrimonio, en cuanto a unión legal de un hombre y una mujer la doctrina destacaba su importancia para el individuo y la sociedad.



Durante muchos siglos, la preocupación principal del legislador fue la de garantizar la estabilidad de la familia y el matrimonio, que consideraba fundamento del orden social. Para lograr el objetivo impuso reglas: la indisolubilidad del matrimonio, la jefatura del hogar en cabeza del marido y padre de la prole, la discriminación de la filiación fuera del matrimonio. A la potestad del jefe de familia estaban sujetos la esposa y los hijos. ¹

En el análisis efectuado a los tres primeros capítulos de la obra “Pan y Afectos” de Elizabeth Jelin, se percibe las continuas transformaciones de los modelos de familias a lo largo del tiempo y vemos como los cambios socio-políticos y económicos repercuten en su organización como comunidad de vida. Con el transcurrir de los años ha desaparecido la preponderancia del marido dentro de la estructura del matrimonio, se extendieron los derechos de la mujer, pues ésta dejó de ser propiedad del hombre; y así ha venido evolucionando hasta nuestros días asentándose actualmente en el principio constitucional de la plena igualdad del hombre y la mujer.

La rápida evolución y mutación de los hábitos sociales, valores y reglas de la moral social, sumado al proceso de globalización, el avance de la tecnología en la medicina, generan transformaciones en el derecho de familia y producen profundos cambios culturales.

En el tema que nos ocupa observamos que a lo largo de los últimos años han aumentado las uniones de hecho en todo los estamentos sociales, la inclusión del divorcio vincular con el consiguiente aumento de la tasa de divorcialidad fragiliza la unión matrimonial acercándola a la unión de hecho. Así el nuevo modelo matrimonial se caracteriza por el reconocimiento de la autonomía privada y de los derechos individuales de los cónyuges, cuyos intereses y libertad individual se tutelan preferentemente frente al interés del grupo familiar. Tal como ha afirmado la Dra. Ursula Basset, en su disertación en el salón auditorio de UNR 06/05/11, se aplica a menudo en el derecho comparado el principio del “Enriquecimiento sin causa y la contractualización en las relaciones de familias”, con una tendencia progresiva de registrar

¹ FERRER, Francisco A. M.; “Nuevo Régimen Legal del Matrimonio Civil. Ley 26.618”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Noviembre de 2010, T I, Pág. 14.



con carácter patrimonial las relaciones de familia generando, a la hora de definir el interés familiar un concepto vacío.

En nuestro país los matrimonios homosexuales, acto jurídico receptado por la ley 26.618 a partir del 15/07/10, que adoptan o tienen descendencia con el auxilio de las técnicas de procreación asistida, constituyen familias legítimas admitidas a la par del matrimonio heterosexual.

Con esta reforma del Código Civil desaparece en nuestro derecho la bimilenaria configuración del matrimonio como unión legal intersexual de un hombre y una mujer. La disposición legislativa ha cambiado así la naturaleza de las cosas; iniciándose otra etapa en la institución con su estructura sustancialmente modificada, con otros valores y otra forma de ver las cosas.

Matrimonio Igualitario y/o uniones de hecho en el derecho comparado:

No podemos continuar con el estudio de la temática sin antes hacer una breve referencia respecto de su aceptación y la regulación en el derecho comparado, lo que nos permitirá un análisis profundizado de esta nueva modalidad matrimonial.

Introducción del régimen en los distintos países del mundo:

Países Bajos: en 1995 el gobierno encargó a una comisión parlamentaria investigar con fines de establecer una ley que reglamente el matrimonio de personas del mismo sexo. En el año 2000 se aprobó la ley de matrimonios entre personas del mismo sexo por 49 votos contra 26 en el sanado y por 109 contra 33 en el parlamento. Esta ley entro en vigencia el 1 de abril de 2001.

Bélgica: el matrimonio entre personas del mismo sexo entró en vigor el 30 de enero de 2003. En 2002 se presento un proyecto en el senado y en la cámara Belga de Representantes una enmienda con tal fin, resultando aprobada por 46 votos contra 15 y 91 contra 2 respectivamente.

España: en este país la ley que reconoce el derecho de contraer matrimonio a personas del mismo sexo entro en vigencia el 3 de julio de 2005, la diferencia con otros países es que esta ley fue vetada por el senado y de vuelta al congreso el veto fue levantado y la ley finalmente aprobada.



Canadá: este país fue el primer estado del continente americano que legaliza la unión, a través ley federal C-38, regula las condiciones de fondo del matrimonio civil, el 20 de julio de 2005 se dicta la norma que lo permite.

Sudáfrica: en diciembre de 2005 una sentencia del Tribunal Constitucional dictaminó que era injustificable mantener la discriminación en virtud de la orientación sexual y dio un plazo de 12 meses al Gobierno para que modifique la Ley Nacional de Matrimonio sustituyendo las palabras que indican género por la palabra cónyuges; así en Noviembre de 2006 se sanciona la ley que autoriza el matrimonio igualitario.

Noruega: En el año 2008 en virtud de la propuesta presentada por el gobierno de centro izquierda fue aprobada la ley que establece el matrimonio entre personas del mismo sexo, reconociéndole además el derecho de adoptar y usar técnicas de reproducción asistida.

Suecia: en este país una ley que conto con el apoyo de seis de siete partidos que poseen representación parlamentaria logro se autorice el matrimonio entre personas del mismo sexo a partir de abril de 2009.

Portugal: en este país el matrimonio entre homosexuales fue aprobado durante al año 2010, después de diversas gestiones la ley fue publicada en el Diario da República entrando en vigencia el 5 de junio de 2010.

Islandia: a partir de junio de 2010 es el noveno estado del mundo en reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo. Con motivo del cumplimiento del programa electoral de la primera ministra lesbiana del mundo Johanna Sigurdardóttir. Derogando la regulación específica que permitía uniones entre personas del mismo sexo desde 1996.

Argentina: a modo de referencia y sin perjuicio de ampliarme en el punto siguiente, es propicio mencionar en este ítem que nuestro país es el decimo en el mundo que reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo, en todo su territorio a partir del 15 de julio de 2010. La ley que así lo permite resultó aprobada con 33 votos a favor, 27 votos en contra y 3 se abstuvieron de votar.

La ley 26.618 nuevos paradigmas:





Esta ley suprime la diversidad de sexo como requisito para la existencia del matrimonio. Históricamente, se ha considerado requisitos intrínsecos esenciales para la existencia del matrimonio la diferencia de sexo de los contrayentes y la expresión de consentimiento ante el oficial público competente.

La ley N° 2393. Atr. 14: “Es indispensable para la existencia del matrimonio el consentimiento de los contrayentes, expresado ante oficial público encargado del Registro Civil”.

La reforma de la ley N° 23.515/87 modifica la ley anterior e introduce el art. 172 del C.C explicitando el requisito de la diversidad de sexo.

La reciente ley modificó el art. 172 C.C. y ahora dispone *“Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por ambos contrayentes ante la autoridad competente para celebrarlo. **El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o diferente sexo.** El acto que careciere de alguno de estos requisitos no producirá efectos civiles aunque las partes hubieran obrado de buena fe, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente”*. Y también el art. 188 C.C. quedó redactado de la siguiente manera: *“En el acto de celebración del matrimonio, el oficial público leerá a los futuros esposos los art. 198, 199 y 200 de este código, **recibiendo de cada uno de ellos, uno después del otro, la declaración de que quieren respectivamente constituirse en cónyuges**, y pronunciará en nombre de la ley que quedan unidos en matrimonio”*.

Como se observa la diferencia de sexos ya no constituye en el ordenamiento legal argentino un elemento constitutivo esencial, sino una simple modalidad del matrimonio. La propulsora del proyecto- ley, Diputada del partido político Frente para la Victoria Vilma Ibarra, sostuvo que mantener el impedimento a las personas del mismo sexo implicaba una discriminación fundada en la orientación sexual, violatoria de los principios constitucionales de respeto a la vida privada y de la igualdad (arts. 16 y 19, Const. Nac.); y que la evolución de las costumbres y valoraciones sociales determinaba ya esta reforma.²

² IBARRA, Vilma, “Matrimonio Igualitario. Aspectos constitucionales”, en L.L. Suplemento Especial Matrimonio Civil entre personas del mismo sexo, ps. 73 y ss.



Entre los sectores que más se opusieron fueron la iglesia católica, al cumplirse un año del aniversario de la ley el 15/07/11 las autoridades eclesiásticas hicieron eco en los medios reiterando su disconformidad, las confesiones protestantes y los partidos conservadores del país, la Unión cívica Radical, el Peronismo Federal, el periódico La Nación y la Universidad Católica Argentina, entre otros.

Algunos autores como Jorge Mazzinghi consideran que no obstante el texto del nuevo artículo 172, los jueces podrían declarar la inexistencia del matrimonio de personas del mismo sexo, porque su implantación es un alzamiento contra los datos de la realidad, una rebelión contra la naturaleza de las cosas, que no es modificable por una ley. El matrimonio carecería de un requisito de orden natural absolutamente indispensable para su existencia y también porque en la unión de dos personas del mismo sexo habría imposibilidad de cumplir el objeto del matrimonio en virtud de la ausencia de bipartición sexual.

Úrsula Basset sostiene que el matrimonio carecería de sustancia por no verificarse su objeto material y formal, lo que determina que no puede nacer por falta de consentimiento válido y, por ende, su inexistencia.

Por mi parte considero que, no obstante la seriedad de los argumentos vertidos up-supra, no podría sostenerse la doctrina de la inexistencia del matrimonio celebrado entre personas del mismo sexo pues el texto vigente lo legitima.

La motivación central del legislador fue permitir la posibilidad de contraer matrimonio a las personas del mismo sexo, mediante la reforma a los arts. 172 y 188 del Código Civil que imponía la diversidad de sexo, estableciendo en su lugar que prescindiendo de la sexualidad de los contrayentes, el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos.

El legislador cumplió su objetivo y luego sólo se limitó a modificar numerosos artículos del Código Civil y de algunas leyes complementarias para efectuar simples adaptaciones terminológicas de las denominaciones “esposo-esposa”; “marido-mujer”; “padre-madre”; “viudo-viuda”; “abuelo- abuela”; “bisabuelo-bisabuela”. Estos vocablos fueron reemplazados por los términos neutros como: “contrayente”, “cónyuge”, “esposos”, “padres”.



Esto genera confusión, por ejemplo no cuadra cuando el vínculo filiatorio se constituye con respecto a un matrimonio de dos mujeres, además el uso exclusivo de la voz padre lleva a suprimir los parientes por el lado materno, parece arbitrario suprimir la figura de la madre.

Numerosas normas del código civil quedaron sin ser adecuadas a la nueva modalidad matrimonial. Por ejemplo el art. 3576 bis que acuerda a la “nuera viuda” el derecho a heredar a sus suegros; el art. 3664 según el cual las “esposas” de los escribanos y los testigos no pueden ser beneficiarias del testamento; los arts. 3568 y 3569 sobre sucesión de los ascendientes, que aluden al “padre y la madre”, etcétera.

El problema planteado pareciera encontrar solución en el art. 42 de la ley 26.618 que establece: *Todas las referencias a la institución del matrimonio que contiene nuestro ordenamiento jurídico se entenderán aplicables tanto al matrimonio constituido por DOS (2) personas del mismo sexo como al constituido por DOS (2) personas de distinto sexo. Los integrantes de las familias cuyo origen sea un matrimonio constituido por DOS (2) personas del mismo sexo, así como un matrimonio constituido por personas de distinto sexo, tendrán los mismos derechos y obligaciones. Ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino podrá ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones, tanto al matrimonio constituido por personas del mismo sexo como al formado por DOS (2) personas de distinto sexo.*

No obstante esta clausula, observamos del análisis integral de esta norma dentro del ordenamiento jurídico, que se ha hecho una reforma parcial y dejó muchos artículos del código sin modificar, a los que se agregan los preceptos de otras leyes cuyo léxico tampoco ha sido adaptado entre ellas podemos mencionar las leyes penales, comerciales, laborales, tributarias, administrativas y procesales, esto revela el apresuramiento injustificado, la desprolijidad y falta de rigor científico con que se elaboro esta trascendente reforma, haciendo necesaria una nueva que actualice y coordine orgánica e integralmente las instituciones del Derecho de Familia, adecuando además todas las normas del ordenamiento jurídico vinculadas con esta sujeta a estudio en el presente.



La ley 26.618 también modifico algunas antiguas normas del código civil, que aun reflejaban la desigualdad entre el marido y la esposa como es el caso de las donaciones, con la reforma introducida ahora permite a ambos cónyuges la posibilidad de efectuar donaciones en las convenciones prenupciales, pudiendo revocarlas el cónyuge declarado inocente de la separación o divorcio; otra reforma se ha producido respecto de las donaciones de bienes inmuebles gananciales sin consentimiento del otro, antes el marido no podía donar bienes inmuebles del matrimonio sin el consentimiento de la mujer, ahora en base al principio de igualdad es el “cónyuge” quien no puede donar estos bienes.

Podemos mencionar otras modificaciones con incidencia directa en la incorporación del matrimonio igualitario al régimen matrimonial tradicional: el art. 206 sobre la tenencia del hijo menor de cinco años, el art. 326 sobre el apellido del hijo adoptivo, el art. 36 inc. c de la Ley 26.413 del Registro de Estado Civil y Capacidad de las personas, los art. 4°, 8°, 9°, 10° y 12° de la ley 18.248, sobre el nombre de las personas. Sin perjuicio de ampliarlo en el trabajo monográfico que realizare en oportunidad del cuatrimestre en que estudiemos Filiación.

Capítulo III:

JUSTIFICACIÓN DE LA REFORMA LEGISLATIVA:

Sumario: Necesidades a la que responde la reforma. Principio de Igualdad.

Necesidades a la que responde la reforma.

Llamo la atención la urgencia con la que el congreso se aboco para aprobar el proyecto sobre el matrimonio de personas del mismo sexo en ambas cámaras, en un tema que merecía una profunda reflexión y evaluación de múltiples factores y circunstancias, pues implica un abrupto cambio de rumbo de las instituciones civiles y de las valoraciones morales y hábitos sociales, que gozaban y gozan de un profundo arraigo cultural en nuestra sociedad.

Se argumentó que la evolución de la conciencia social requería una reforma radical de la legislación y que había un sentir en la comunidad favorable a la extensión de este derecho a contraer matrimonio a personas del mismo sexo. Pero lo que se advertía era una tendencia mayoritaria a que se regulen jurídicamente las relaciones



estables de parejas homosexuales, cosa muy distinta era sostener que se aceptaba socialmente el matrimonio de dos personas de igual sexo, incluida la posibilidad de adoptar. No se llamó a consulta popular (art. 40 CN) hubiera sido conveniente en esta temática con enorme trascendencia social, ni tampoco se conoció el método estadístico del legislador para llegar a suponer que la ley a sancionar gozaba de consenso social. Al contrario dio la impresión de que hubo una urgencia política en quedar bien con ciertos sectores sociales sin importarle quedar mal con otros, considerados “conservadores”.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostiene que no hay discriminación si a las parejas homosexuales se les brinda un reconocimiento jurídico a través de un instituto alternativo al matrimonio aunque lleve distinto nombre y aunque sus características no se correspondan exactamente con las del matrimonio.

Adulteración del Principio de igualdad:

La Corte Constitucional de Alemania declaró que: “La relación homosexual no es comparable con el matrimonio porque no es adecuada para la reproducción de la población. El matrimonio encuentra apoyo y protección en la Constitución especialmente, para ofrecer una consolidación legal y seguridad a los esposos a fin de formar una familia con hijos comunes [...] Esto significa favorecer a una relación que en caso normal en principio sea capaz de tener hijos. Es por ello irrelevante que algunos matrimonios se contraigan sin la intención de tener hijos, ya sea voluntaria o involuntariamente.”³

En la unión de personas del mismo sexo existe una imposibilidad biológica para que, complementándose sexualmente, puedan tener descendencia, debido a que de la unión sexual de ambos nunca podrán lograr la procreación, esto sucede puesto que sus órganos sexuales no están naturalmente preordenados para complementarse. La pareja homosexual deberá necesariamente recurrir al aporte de terceras personas del sexo opuesto en el supuesto de la unión de dos mujeres, semen de un dador y en el caso de la unión de dos hombres requerirán el aporte de óvulo, embarazo y parto, siendo

³ Fallo de 1993, citado por LÖSING, Norbet, Los derechos Humanos en las parejas del mismo sexo, en Ferrer Francisco A. M., Nueva concepción del matrimonio civil, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2010, p. 46.



imprescindible en ambos casos el auxilio de la ciencia médica para lograr la reproducción.

Notamos que la situación de una pareja heterosexual y homosexual no es biológica, natural ni socialmente la misma. Entonces forzar la igualdad de ambas circunstancias es forzar y desvirtuar los conceptos. Además existe diferencia, en la relación con sus hijos dado que en cuanto al parentesco, la patria potestad y filiación: se debe regular la situación del dador o dadora de células germinales y su relación filiatoria con el hijo nacido de la aplicación de técnicas de procreación asistida; la presunción de paternidad y maternidad (ovodonación) pierde sentido en la unión de homosexuales; los conceptos de padre, madre, abuelo, abuela se borran y torna incierto el parentesco. Todas situaciones que el legislador ha pasado por alto y es necesario regular, se ha dejado en mano de los jueces regular en la medida en que se van presentando los conflictos. Esto demuestra la diferencia básica, natural y biológica entre ambas uniones y las distintas consecuencias sociales y jurídicas que producen ambos modelos de parejas.

El legislador al reglamentar el matrimonio como unión de un hombre y una mujer no estaba imponiendo una discriminación arbitraria a las personas Homosexuales sino que respetaba la diferencia impuesta por la naturaleza misma y que jurídicamente no le resulta aplicable a este nuevo orden creado artificialmente por el hombre.

La regla de igualdad no es absoluta, exige que se trate del mismo modo a quienes se hallan en iguales condiciones. La aplicación de este principio supone un análisis previo y la distinción razonable entre quienes no se encuentran en la misma condición, sino lleva a que nos encontremos ante una legalización de la Desigualdad. La igualdad constitucional no impide que la ley contemple en forma distinta situaciones que son diferentes como la presente en la temática en estudio.

Mi objetivo no es afirmar la negación a los homosexuales de su derecho a ser diferentes y formar una pareja conforme a su orientación sexual, sino que debemos respetarlos en su elección de vida conforme el art. 19 de nuestra Carta Magna, esta es una cuestión que conforma el ámbito de la privacidad de las personas protegido constitucionalmente.



Lo coherente era elaborar una regulación adecuada a sus características particulares dando respuesta a sus necesidades, sino caemos en la paradoja de que los diferentes quieran ser iguales a los que son opuestos, encuadrarse dentro de su marco legal y los hemos insertado en un régimen jurídico que responde a otro modelo de familia.

Capítulo IV:

PRINCIPALES MODIFICACIONES VINCULADA A LOS TEMAS ANALIZADOS LA CÁTEDRA MATRIMONIO.

Sumario: Fines y características esenciales del matrimonio. Análisis de impedimentos y nulidad en el marco del nuevo régimen matrimonial. Derechos y deberes de los cónyuges (Causales de separación personal y divorcio).

Fines y características esenciales del matrimonio:

Al estudiar los fines del matrimonio, múltiples y variadas son las teorías propuestas para señalarlos. Algunas responden a una concepción biológica o social del matrimonio y sostienen que su finalidad específica es la reproducción de la especie o procreación. Otras teorías se basan en la concepción individualista y rechazan la generación como fin necesario, haciéndolo consistir necesariamente en el amor, el mutuo auxilio entre los cónyuges, en la comunidad de vida. En un tercer grupo encontramos las teorías compuestas que reconocen varios fines al matrimonio, entre ellos la procreación y educación de los hijos, la comunidad de vida y ayuda mutua, esta doctrina clásica que viene de Aristóteles y Santo Tomas es la aceptada por la generalidad de los autores y creencias religiosas.

El fin del matrimonio en tanto la unión se ordene al amor y mutuo auxilio de los cónyuges puede cumplirse en la unión de personas del mismo sexo. Pero respecto de la procreación y educación de los hijos, los esposos homosexuales no podrán por si solos cumplir naturalmente este fin, tal como lo he referido en párrafos anteriores, para tener descendencia deberán recurrir al aporte de una tercera persona y al auxilio de la tecnología médica, o bien la adopción. Pueden luego dedicarse al cuidado y educación de la prole así lograda, pero tampoco podrían cumplir plenamente este otro fin del

matrimonio porque no lograrían educar a los hijos brindando la imagen paterna y materna diferenciada, en los que sus diversos roles integran un marco familiar considerado el más adecuado.

Conforme lo analiza el destacado Jurista Francisco A. M. Ferrer veamos la incidencia de la Ley 26.618 en las notas esenciales definitorias del matrimonio:

Unidad: en este ítem no ha sufrido incidencia pues se representa como una comunidad plena de vida.

Heterosexualidad y Monogamia: el primero como requisito tradicional ha sido suprimido por la reforma legal y paso a ser una modalidad del matrimonio. En cuanto a la monogamia debemos entender que ya no se refiere solamente a la unión de un solo hombre con una sola mujer, sino a la unión de dos hombres o dos mujeres con exclusividad.

Estabilidad: tanto el matrimonio de persona del mismo sexo como de diferente sexo tienen vocación de permanencia, esta estabilidad está garantizada por la legislación que solo admite su disolución formal por vía judicial y en determinados supuestos.

Solemidad: según las formalidades establecidas por la ley se constituye por un acto formal y solemne.

Legalidad: la ley reglamenta los derechos y obligaciones de los cónyuges, en carácter personal y patrimonial, con carácter imperativo y de orden público.

Respecto de la Solemidad y Legalidad el nuevo Art. 172 2° párr. del C.C. establece que “El matrimonio tendrá los mismo requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o diferente sexo”.

Análisis de impedimentos y nulidad en el marco del nuevo régimen matrimonial:

La Dra. María Josefa Méndez Costa explica que los impedimentos matrimoniales, son restricciones legales al derecho a contraer matrimonio, obstáculos para su celebración que son intrínsecos a la persona de los contrayentes.

La violación de los impedimentos matrimoniales acarrea sanciones civiles y penales.

Son sanciones penales las previstas en el Capítulo I del Título IV, Libro II del Código Penal.



“...ARTICULO 134. - Serán reprimidos con prisión de uno a cuatro años, los que contrajeran matrimonio sabiendo ambos que existe impedimento que cause su nulidad absoluta”

“ARTICULO 135. - Serán reprimidos con prisión de dos a seis años: 1º. El que contrajere matrimonio cuando, sabiendo que existe impedimento que cause su nulidad absoluta, ocultare esta circunstancia al otro contrayente;...”

“ARTICULO 136. - El oficial público que a sabiendas autorizare un matrimonio de los comprendidos en los artículos anteriores, sufrirá, en su caso, la pena que en ellos se determina. Si lo autorizare sin saberlo, cuando su ignorancia provenga de no haber llenado los requisitos que la ley prescribe para la celebración del matrimonio, la pena será de multa de setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos e inhabilitación especial por seis meses a dos años. Sufrirá multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos el oficial público que, fuera de los demás casos de este artículo, procediere a la celebración de un matrimonio sin haber observado todas las formalidades exigidas por la ley.”

“ARTICULO 137. - En la misma pena incurrirá el representante legítimo de un menor impúber que diere el consentimiento para el matrimonio del mismo...”

Son sanciones civiles la anulación del vínculo en el supuesto de impedimentos dirimientes, y las sanciones patrimoniales que proceden en algunos casos de impedimentos impeditivos recayendo sobre los contrayentes. Conforme el art. 224 C.C. el contrayente de mala fe es aquel que conoció o debió haber conocido la existencia del impedimento dirimente al día de la celebración del matrimonio; éste puede ser demandado por el de buena fe por indemnización del daño causado, pudiendo también demandar a los terceros que hubieren provocado el error, incurrido en dolo o ejercicio de violencia, conforme art. 225 C.C.

Los impedimentos Dirimientes que ocasionan la nulidad del matrimonio, absoluta o relativa según los casos contemplados en el art. 166, incisos 1º a 9º, se aplica a ambas modalidades matrimoniales, ya sea de diferente o mismo sexo.

En cuanto a los impedimentos Impeditivos, en el impedimento de enfermedad venérea en periodo de contagio (leyes 12.331 y 16.668) se aplica igualmente al



matrimonio de igual o distinto sexo. La doctrina predominante lo considera impeditivo por tener un valor preventivo, pues la sanción de nulidad por su violación no fue impuesta expresamente por ninguna norma legal.

Respecto de la enfermedad Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA) se discute si se trata de una patología venérea y si queda comprendida dentro de las leyes mencionadas en el párrafo anterior. Díaz de Guijarro, Mazzinghi, Velazco, Yarre, Vidal Tarquini, Sarlo consideran que esta incluido como impedimento; mientras que Borda, Sambrizzi, Bellusio, Zanoni, Perrino, Mendez Costa, Tamini, Azpiri, Fleitas Ortiz de Rozas y Roveda opinan que no constituye impedimento matrimonial, porque su carácter de incurable determina que no exista un periodo de contagio y de admitirse como impedimento, determina la suspensión perpetua del derecho a casarse.

En cuanto al impedimento previsto en el art 171 del C.C. *“El tutor y sus descendientes no podrán contraer matrimonio con el menor o la menor que ha tenido o tuviese aquél bajo su guarda hasta que, fenecida la tutela haya sido aprobada la cuenta de su administración. Si lo hicieren, el tutor perderá la asignación que le habría correspondido sobre las rentas del menor”*. Es extensible a la curatela, la sanción es la pérdida de retribución y el impedimento es aplicable en ambas modalidades de matrimonio tanto heterosexual como al homosexual.

Al hablar de Nulidad de matrimonio tenemos que referirnos a vicios graves que se hayan presente al momento de su celebración, y consecuentemente el matrimonio queda privado de sus efectos normales (Conf. art. 239 C.C.).

Para introducirnos en el análisis mencionaremos las causales de nulidad absoluta y nulidad relativa; las primeras implican la violación de los impedimentos de parentesco por consanguinidad, afinidad, adopción, las causales de ligamen y crimen (Conf. art 219 C.C). Las segundas refieren a aquellas circunstancias en que el matrimonio se celebra con los impedimentos de falta de edad legal; de privación de razón de uno de los contrayentes por cualquier causa que fuere; o mediando impotencia de uno o de ambos que impida absolutamente las relaciones sexuales, sea por razones físicas o psíquicas, o cuando el consentimiento de uno de los esposos este afectado por alguno de los vicios del consentimiento (error, dolo o violencia) (art. 220, C.C.).



Todas las causales pueden aplicarse en ambas modalidades de matrimonio, tanto heterosexual como homosexual. Incluso respecto de la causal de impotencia de uno o ambos contrayentes, dado que uno de los fines del matrimonio es el bien de los cónyuges y este consiste entre otras cosas en el amor conyugal. Para que puedan quedar comprendidos los matrimonios entre personas del mismo sexo debemos interpretar a la expresión “relaciones sexuales” en sentido amplio, no solamente como “copula” de un hombre y una mujer.

La ley 26.618 sustituye el inciso 1º del art. 220 del Código Civil, el cual alude al impedimento de falta de edad legal, cuya violación genera nulidad relativa del vínculo. El texto anterior disponía “...La nulidad puede ser demandada por el cónyuge incapaz y por lo que en su representación podrían haberse opuesto a la celebración del matrimonio. No podrá demandarse la nulidad después de que el cónyuge o los cónyuges hubieren llegado a la edad legal si hubieren continuado la cohabitación, o, cualquiera fuese la edad, cuando la esposa hubiere concebido”. Este último párrafo fue modificado y ahora dice: “...No podrá demandarse la nulidad después de que el cónyuge o los cónyuges hubieren llegado a la edad legal si hubiesen continuado la cohabitación, o, cualquiera fuese la edad, si hubieren concebido”. Esto último es criticable, porque no se advierte la diferencia biológica existente entre ambas clases de matrimonio; esto es en el matrimonio de dos hombres, ninguno puede “concebir” (“concebir”: quedar preñada la hembra, conforme el Diccionario de la Lengua Española). Se podría plantear la cuestión de un menor casado con un hombre que hubiera concebido fuera del matrimonio con una mujer pero aquí es dudosa la aplicación de la norma. Aquí la doctrina tiene posturas disidentes, una opinión minoritaria piensa que el menor no podría promover la acción (Graciela Medina), otra a la que adhiero, en cambio considera que se podría promover una demanda de nulidad siempre que no hubiere continuado la cohabitación una vez llegado a la edad núbil, puesto que no habría concepción dentro del matrimonio. Excepto que ambos esposos hayan recurrido a una técnica de procreación asistida y se haya fecundado a una mujer con mezcla de semen de ambos hombres, en estas circunstancias podría entenderse que ambos “han concebido”.

Derechos y Deberes de los Cónyuges (Causales de separación personal y divorcio).



El derecho positivo dispone un régimen de derechos y deberes de los cónyuges que constituye el cimiento de la comunidad de vida a la cual acceden como consecuencia del acto jurídico de celebración del matrimonio, sea que exista diversidad o igualdad de sexo entre los contrayentes.

Nuestro Código Civil regula los deberes en la sección segunda- De los derechos en las relaciones de familia- Titulo I Del Matrimonio- Capítulo VIII Derecho y Deberes de los Cónyuges. Estos no han sufrido modificaciones algunas introducidas por el texto legal de la Ley 26.618.

Art. 198. Los esposos se deben mutuamente fidelidad, asistencia y alimentos.

Art. 199. Los esposos deben convivir en una misma casa, a menos que por circunstancias excepcionales se vean obligados a mantener transitoriamente residencias separadas. Podrán ser relevados judicialmente del deber de convivencia cuando ésta ponga en peligro cierto la vida o la integridad física, psíquica o espiritual de uno de ellos, de ambos o de los hijos. Cualquiera de los cónyuges podrá requerir judicialmente se intime al otro a reanudar la convivencia interrumpida sin causa justificada bajo apercibimiento de negarle alimentos.

Art. 200. Los esposos fijarán de común acuerdo el lugar de residencia de la familia.

Podemos observar cuatro derechos-deberes de los cónyuges, tres de ellos de creación legal y uno de ellos de creación doctrinaria.

-Fidelidad: es consecuencia del matrimonio monogámico y su infracción genera el delito civil de adulterio, por consiguiente Causal de Separación Personal y Divorcio (art. 202 y 214 cc) pudiendo dar lugar a resarcimientos de daños y perjuicios. Excluye toda relación sexual, con otra persona que no sea el cónyuge (infidelidad material carnal o física) como también de afectividad o intimidad con un tercero/a que sin llegar al trato sexual, pueda afectar los sentimientos o lesionar el honor del otro consorte (Infidelidad Moral) causando injurias graves.

La permanencia del deber de fidelidad después de la separación de hecho de los cónyuges a genera un intenso debate doctrinario y distintas opiniones en la jurisprudencia.



-Cohabitación: Este derecho-deber implica vida en común, por lo que los esposos deben habitar en la misma casa. El incumplimiento de este deber no puede dar lugar a medios compulsivos directos para lograr su ejecución. Su violación puede causar causal subjetiva y causal objetiva de separación personal y divorcio conyugal; la primera cuando se produce en forma de abandono voluntario y malicioso del hogar conyugal, siendo culpable quien pone fin a la vida en común (art- 202 Inc. 5° y 214 Inc. 1° C.C.). La segunda causal se produce cuando ambos esposos cesan en la convivencia sin voluntad de unirse y transcurren los plazos de dos o tres años establecidos por la ley, que le permiten solicitar la separación personal o divorcio vincular según sea el caso. (Art. 204 y 214 Inc. 2° C.C.)

-Debito Conyugal: este derecho- deber implica el deber de prestarse a las relaciones sexuales con el otro cónyuge, no está previsto expresamente en nuestro código, sino que es una creación doctrinaria que viene a integrar y completar el deber de fidelidad por el amor exclusivo que se deben los esposos o el de cohabitación comprensivo de la comunidad de lecho y vida sexual. Su incumplimiento injustificado genera injurias graves y causales de separación personal y divorcio vincular. Debemos aquí distinguir el matrimonio heterosexual en donde el cumplimiento exigible es aquel que encuadra en la manera normal, es decir, podría resultar injuriosa la exigencia de modalidades antinaturales o por vías inidóneas, como así también la imposición de uno de los cónyuges al otro de la práctica de fecundación medica asistida, pues en esta modalidad de matrimonio el debito no obliga a aceptar métodos no naturales para la procreación. Estas consideraciones no son plenamente aplicables al Matrimonio de parejas homosexuales.

-Asistencia Moral: este deber de asistencia tiene dos aspectos uno moral o espiritual y el otro material: los alimentos. En su faz moral comprende respeto, la atención con que deben tratarse los esposos, la solidaridad en las alegrías y los sufrimientos, el auxilio durante las enfermedades, constituyen el perfil sentimental de la pareja. Su incumplimiento configura la causal de injurias graves.



Respecto de los Alimentos a falta de una regulación específica durante la convivencia no engloba las necesidades mínimas, sino que además cada uno deberá contribuir a los gastos de manutención del hogar conyugal y los niños.

Capítulo V:

Sumario: Casamiento de Homosexuales extranjeros en nuestro país.
Jurisprudencia.

Casamiento de Homosexuales extranjeros en nuestro país:

Nuestro país es el único en Sudamérica que acepta las uniones matrimoniales de personas del mismo sexo, y uno de los diez en el mundo. Lo que puede implicar importantes oleadas de parejas homosexuales que concurran al país con la pretensión de contraer matrimonio legal.

El Código Civil regula la celebración del matrimonio en los arts. 186 al 196 y no hace referencia alguna en ellos respecto a la condición de nacionales o extranjeros de los contrayentes. Del análisis de estas normas pareciera que el único requisito para contraer matrimonio civil en la Argentina es que al menos uno de los contrayentes tenga domicilio en el país.

El art. 186 del C.C. establece en el primer párrafo que los futuros contrayentes deberán presentarse “ante oficial público encargado del Registro Civil y Capacidad de las personas, en el domicilio de cualquiera de ellos” y en su inc. 3º establece que deberán presentar una solicitud que debe contener “Su nacionalidad, su domicilio y el lugar de nacimiento”. Además el art. 188 del C.C establece, en su primer párrafo, que el domicilio de los contrayentes determina la competencia territorial del oficial publico encargado de celebrar el acto.

Finalmente el art. 191 del C.C determina el contenido del acta donde se deberá consignar la celebración del matrimonio y menciona entre otras cuestiones: el nombre y apellido, edad, número de documento de identidad si lo tuvieran, nacionalidad, profesión, domicilio y lugar de nacimiento de los comparecientes.

No existe en el ordenamiento jurídico nacional otro requisito para que dos extranjero pueda contraer matrimonio en el país; por consiguiente no puede entenderse

que exista limitación alguna, y si la hubiere sería contrario al espíritu de la Carta Magna, enunciado en su preámbulo.

Conforme el art 90 C.C y la normativa nacional a la que nuestro país adhirió oportunamente, permite considerar que los contrayentes extranjeros tienen domicilio, a fin de determinar en qué jurisdicción podrán contraer nupcias, en aquel en que se encuentren alojados.

Debemos destacar que el único requisito para contraer matrimonio en el país que podría causar algún tipo de complicación es que para poder solicitar matrimonio se le exija la presentación del Documento Nacional de Identidad, o bien que el Oficial público por su condición de “abogado canónico” invoque objeción de conciencia y se niegue a casarlos.

CONCLUSIÓN:

El matrimonio entre personas del mismo sexo constituye una nueva modalidad de ésta institución en el derecho de familia; por ser reciente su existencia padece numerosos defectos legales, siendo urgente la necesidad de regular determinadas facetas que permitan adaptarlo para una adecuada vigencia y aplicación, como por ejemplo las técnicas de fertilización asistida, sin desatender la Bioética y el ordenamiento jurídico en su integridad.

Vemos a los largo del tiempo como las transformaciones sociales van generando dentro de la sociedad la necesidad de crear/ reglamentar derecho ante los fenómenos humanos, a modo de acompañamiento a la cultura en la que hombre vive inmerso y en la requiere reglas para vivir/convivir.

En el plexo axiológico de valores, vemos como cada uno de ellos va tomando relevancia acorde a la necesidad y el sentido en el que se desea regular, observamos aquí como la igualdad y el interés individual se ubica en una escala superior al bien común e interés familiar.



BIBLIOGRAFÍA:

A-General

-ZANNONI, Eduardo A. "Derecho de Familia", Tomo I, Editorial Astrea, 3ª Edición, Año 1998.

- Código Civil Argentino Actualizado: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/>

-Código Penal Penal Argentino Actualizado: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/>

B- Especial

- FERRER, Francisco A. M., MEDINA, Graciela, MENDEZ COSTA, María Josefa y otros:
"Nuevo Régimen Legal del Matrimonio Civil. Ley 26.618", Edit. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Noviembre de 2010.



- MEDINA, Graciela. “La Ley del Matrimonio Homosexual Proyectada: Evidente retrocesos de los derechos de las mujeres”, Editorial La Ley, Mayo de 2010.
- MAZZINGHI, Jorge A. “Ley de Matrimonio entre Personas del Mismo Sexo” Editorial La Ley, Agosto de 2010.
- BASSET, Úrsula C. “Estudio sobre algunos aspectos relativos al reclamo de reforma en torno al matrimonio”, (Expte. CD 13/2010), exposición ante la Comisión de Legislación General del Senado de la Nación. Abeledo Perrot. 29-06-10.
- MEDINA, Graciela. “Los Homosexuales y el Derecho a Contraer Matrimonio”, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2001.
- SERRALUNGA, Jerónimo. “Apuntes sobre Matrimonio Homosexual”, Revista: Foro de Práctica Profesional Abogados Colegiados de la 1ª Circunscripción- Santa Fe. Octubre de 2010. Año III. Mes Nº 9.