

## **EL CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL. SOBRE LA NECESIDAD DE QUE SEA PRESTADO POR UN HOMBRE Y UNA MUJER**

EDUARDO A. SAMBRIZZI

### **1. Requisitos para la existencia del matrimonio**

A diferencia del Código Canónico, nuestra legislación no contiene una noción del consentimiento matrimonial, el cual consiste en el acto de voluntad expresado por hombre y mujer, por el cual ambos se unen en matrimonio de conformidad con las normas legales.

Como resulta del artículo 172 del Código Civil, el consentimiento de los contrayentes –que presupone la capacidad de las partes para entender lo que hacen, y que debe ser expresado con determinadas formalidades– constituye un requisito indispensable para la existencia del matrimonio, no debiendo el mismo adolecer de vicios. Tampoco puede quedar sujeto a modalidades, siendo el propio consentimiento el acto generador del matrimonio.

El consentimiento para contraer matrimonio, que se encuentra en la base matrimonial de todos los pueblos civilizados, tiene por objeto dar nacimiento a un vínculo entre los contrayentes, sujeto a determinados efectos que la ley establece con carácter de orden público, y, por tanto, indisponibles, pues los cónyuges no pueden modificarlos.

Y si bien para que se considere prestado el consentimiento no se requiere que los esposos tengan un conocimiento acabado de los derechos y obligaciones de cada uno, ese consentimiento debe estar dirigido al matrimonio, considerado en su esencia; o sea que el consentimiento debe estar ordenado a establecer la plena comunidad de vida que comporta el matrimonio, dentro de lo cual se encuentra la obligación de mantener el deber de fidelidad, así como la asisten-

cia mutua –comprensiva del deber alimentario–, e igualmente la convivencia de los esposos bajo el mismo techo.

Tal como se ha dicho, la libertad de los contrayentes se limita a decidirse o no a contraer matrimonio, y a hacerlo con la persona que elijan; pero una vez expresada su voluntad en tal sentido, se considera celebrado el matrimonio, quedando aquéllos sujetos a las normas que rigen la institución.

El objeto sobre el cual debe recaer la voluntad de cada uno de los esposos está constituido por la persona del otro cónyuge, a través del cual se tiende al bien de los esposos, y a la procreación y educación de los hijos.

Debo hacer notar que el amor entre los contrayentes no constituye un requisito esencial del matrimonio, y si bien es altamente deseable que exista, no resulta indispensable para su validez. El motivo por el cual uno o ambos cónyuges prestaron el consentimiento pudo haber sido el interés, o el hecho de querer salvar el honor, o cualquier otra circunstancia no impugnabile distinta al amor; en cualquiera de esas circunstancias, el matrimonio será válido, con independencia del aspecto moral involucrado en los motivos de la decisión asumida.

Por último, el consentimiento debe de haber sido prestado ante la autoridad competente para celebrar el matrimonio, pues, de otra manera, el matrimonio no tiene existencia, lo que es así aun cuando los contrayentes hubieran creído de buena fe que la persona ante la cual prestaron el consentimiento se encontraba autorizada para casarlos.

## **2. Con respecto a la pretendida celebración del matrimonio entre dos personas del mismo sexo**

De lo hasta aquí visto resulta que para que se considere celebrado, el matrimonio debe haberse efectuado entre un hombre y una mujer, los cuales deben haber prestado el pleno y libre consentimiento para casarse, y ello, ante la autoridad competente para celebrar el matrimonio, debiendo poner el acento en que faltando cualquiera de esos requisitos, se considera que el matrimonio no existe.

En esta charla me voy a ocupar de sólo uno de dichos requisitos, el referente a la necesidad, para que haya un verdadero matrimonio, de que el consentimiento sea prestado por un hombre y una mujer. Es

que si bien hasta no hace mucho era un valor entendido que el matrimonio sólo podía ser celebrado entre personas de distinto sexo, últimamente ese axioma ha sido cuestionado, a tal punto que en varios países se ha modificado la legislación a fin de permitir la celebración del matrimonio entre dos personas del mismo sexo. Y así ha ocurrido, desde el año 2000 en adelante, en Holanda, Bélgica, España, Canadá y Sudáfrica, y en algunos estados de los Estados Unidos de América, como en Massachussets y California. En otros países, en cambio, sólo se ha permitido lo que se ha dado en llamar “uniones civiles” entre parejas tanto del mismo como de distinto sexo, que también ha sido admitido en la ciudad de Buenos Aires así como en varias provincias de nuestro país.

Por mi parte, creo que el hecho de que se haya llegado a esa situación, en particular a la admisión legislativa de la celebración del matrimonio entre parejas del mismo sexo, sólo se explica por el relativismo moral en el que se encuentra inmersa buena parte de la sociedad, que hace que no se distinga (o no se quiera distinguir) el matrimonio, de otro tipo de uniones que nada tienen que ver con aquél.

### **3. Lo normado al respecto en el Código Civil y en los Tratados y Convenciones con jerarquía constitucional**

Ya he recordado que en el artículo 172 del Código Civil se dispone expresamente que el consentimiento matrimonial debe ser expresado por hombre y mujer, habiendo sido en su momento criticado por innecesario el hecho de haberse hecho en la ley una mención en tal sentido, por considerarse obvio que ello no podía ser de otra manera. Pero si bien creo que, efectivamente, es de toda obviedad que el matrimonio sólo puede y debe ser celebrado entre un hombre y una mujer, también creo en la conveniencia de haberse hecho esa mención para, de tal manera, tratar de evitar aventuras, como la ocurrida a mediados de febrero último, en que dos mujeres se presentaron ante el Registro Civil de la ciudad de Buenos Aires para pedir contraer matrimonio, lo que, naturalmente, les fue negado.

Lo cierto es que a tal punto es indispensable en nuestro país el requisito de la diversidad de sexos en el matrimonio, que si el mismo faltara ni siquiera se daría el supuesto de nulidad del acto matrimonial celebrado, sino que, directamente, se consideraría que el matri-

monio no ha existido, como expresamente resulta de lo normado en el artículo 172 del Código Civil.

También de varios de los Tratados y Convenciones internacionales enumerados en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, a los cuales se les ha dado jerarquía constitucional, resulta que el matrimonio debe ser contraído entre un hombre y una mujer. En efecto, en el inciso 1 del artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se estableció que

los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia.

A su vez, en el inciso 2 del artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, más conocido como Pacto de San José de Costa Rica, se dispone con relación a la protección de la familia, que

se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas.

Similar es la disposición del inciso 2 del artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Recuerdo también la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, que en el artículo 16 enumera los hechos sobre los cuales los Estados Partes deben tomar medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares, lo que debe hacerse, se dispone, *en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres*, refiriéndose en su inciso g) a los derechos del *marido* y la *mujer*; y no, en cambio, a los de dos personas casadas del mismo sexo.

Al ocuparse de dichos Tratados, Bidart Campos afirma que si bien al emplearse en los mismos afirmaciones tales como el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio, no se especifica que dicha fórmula significa casarse *entre sí*,

parece cierto que no están imaginando el casamiento como derecho de un varón con otro varón ni de una mujer con otra mujer, sino de un hombre con una mujer.

Y agrega que sería bastante rebuscado buscarle otro sentido.

#### **4. En la mayor parte de las legislaciones se establece en forma expresa que el matrimonio debe ser celebrado entre un hombre y una mujer**

Son varias las legislaciones que, al igual que en nuestro país, establecen en forma expresa que el matrimonio debe ser celebrado entre un hombre y una mujer, debiendo recordar al respecto los códigos civiles de Paraguay, Colombia, Panamá, Perú, Chile, Venezuela, Québec y Portugal; esa es también la tesis adoptada, entre otros, por los Códigos de Familia de Bolivia, de Cuba y de Costa Rica. Y si otras legislaciones no han incorporado ese concepto en forma explícita, ello ha sido, simplemente, porque lo han considerado innecesario, dada su manifiesta obviedad.

También el canon 1055 del actual Código de Derecho Canónico establece, en lo que bien puede considerarse como una definición del matrimonio o, para utilizar las mismas palabras de ese Código, de la alianza matrimonial, que la misma es aquella

por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole, [habiéndose dispuesto en el canon 1096 que] el matrimonio es un consorcio permanente entre un varón y una mujer, ordenado a la procreación.

Asimismo, entre otros documentos de la Iglesia, en la Encíclica *Familiaris consortio*, de Juan Pablo II, se afirmó que la alianza conyugal se instaura entre el hombre y la mujer, debiendo también recordar en tal sentido lo expresado por el actual Pontífice en la reciente exhortación apostólica titulada *Sacramentum Caritatis* (Sacramento del Amor), fruto de las conclusiones del Sínodo de Obispos que tuvo lugar en el Vaticano en el mes de octubre de 2005.

Quiero asimismo recordar que muy recientemente, con fecha 28 de abril de 2007, la Conferencia Episcopal Argentina afirmó que la

familia fundada en el matrimonio entre el varón y la mujer es la célula básica de la sociedad.

## **5. Resulta improponible la celebración del matrimonio entre personas de igual sexo**

En efecto, cabe al respecto señalar que a fin de no autorizar el matrimonio entre personas del mismo sexo, no sólo existe –tanto en nuestro país como en muchos otros– un fundamento basado en la ley positiva, sino algo mucho más importante, que no puede ser modificado por legislador alguno, puesto que el hecho de encontrarse ínsitos en el matrimonio principios tanto de carácter moral como religiosos, hace que no pueda analizarse dicha institución como si hubiera en ella un aspecto exclusivamente civil involucrado, como se ha hecho tantas veces, lo que ha llevado a su debilitamiento como institución, y consiguientemente, al de la familia, con todos los problemas tanto de orden individual como también social que ello ha traído aparejados.

Afirmar que la unión de dos personas del mismo sexo debe ser considerada un matrimonio sería relativizar la noción del matrimonio, puesto que existen diferencias esenciales entre el matrimonio y aquella especie de unión. La negativa al respecto no es arbitraria, sino que se fundamenta en lo que verdaderamente es un matrimonio, cuya esencia no puede ser dejada de lado sin que la misma quede desvirtuada. Se ha dicho que

denominar *matrimonio*, y encuadrar de modo recíproco a la unión entre personas de un mismo sexo es asimilar lo que no resulta asimilable. La ley puede hacerlo [...]. Pero que tal tipo de unión responda a lo que ontológicamente es la unión nupcial no parece lo más verdadero ni acertado.

También del *Diccionario de la Lengua Española* resulta que el concepto de la voz *matrimonio* consiste en la unión de hombre y mujer.

Es que, con relación al matrimonio, no debe dejarse de lado que se trata de una institución del orden natural –que existe grabada en la mente y en el corazón de los hombres–, o sea que es propia de la naturaleza humana, pues es ésta, en razón de la calidad sexuada del hombre, la que lo impulsa a un consorcio para toda la vida, que se

encuentra ordenado, dentro de esa armonía que deriva de la naturaleza, además de a lograr el bien de los esposos, a la generación y educación de la prole, que hace a la mejor perpetuación de la especie. Lo cual es un elemento constitutivo del matrimonio y pertenece al mismo por su propia naturaleza.

La sexualidad está encauzada a la fecundación, y la diferenciación sexual a la complementariedad, encontrándose la misma orientada al servicio de la intercomunicación interpersonal, y de esa manera, a la perfección de los integrantes de la pareja. La misma naturaleza impele a que se establezca cierta sociedad entre el varón y la mujer, y en eso consiste el matrimonio.

Existe, pues, una abismal diferencia entre el matrimonio y la unión de dos personas del mismo sexo, quedando además en este último caso excluida la generación en forma natural. Y si, como señala María Josefa Méndez Costa, “la potencialidad de generar es inseparable de la concepción de familia”, ello excluye del concepto *familia* a la pareja homosexual, siendo además la diversidad de sexos, agrega, un carácter distintivo del matrimonio.

Pues bien, partiendo de las premisas que anteceden, debo afirmar que considero al matrimonio como la unión encarada con un sentido de permanencia, que celebran en legal forma el hombre y la mujer, con la finalidad normal de procrear y de educar a los hijos, así como la de ayudarse mutuamente entre los esposos y la de buscar su bien. Caracteres que el derecho no hace más que recoger y regular.

En prácticamente todas las definiciones que se han dado del matrimonio, o al menos en las más conocidas o aceptadas, se ha puesto el acento en considerarlo como la unión de un hombre y una mujer. Recuerdo en tal sentido y entre muchas otras, la definición que dio Modestino –que fuera mencionada en la encíclica *Casti connubii*–, al expresar que

las nupcias son la unión del varón y la mujer, consorcio de toda la vida, comunión en el derecho divino y en el humano,

habiéndose afirmado en las *Instituciones* de Justiniano que

nupcias o matrimonio es la unión del varón y la mujer, que contiene la comunidad indivisible de vida.

Tal como ha sostenido la Conferencia Episcopal española cuando se estaba tratando en el año 2005 el proyecto de ley de modificación al Código Civil de ese país por el cual se permitía contraer matrimonio a personas del mismo sexo, la reforma proyectada supone

introducir un peligroso factor de disolución de la institución matrimonial y, con ella, del justo orden social,

habiendo asimismo afirmado que

los significados unitivo y procreativo de la sexualidad humana se fundamentan en la realidad antropológica de la diferencia sexual y de la vocación al amor que nace de ella, abierta a la fecundidad.

Ello, aparte de poner el acento en el daño que, en caso de que se permita la adopción a un “matrimonio” así formado, se les causará a esos hijos —o a los que pudieran tener por medio de procreación asistida—, ya que a los mismos se les privará del derecho de

contar al menos con un padre y una madre adoptivos, capaces de representar la polaridad sexual conyugal. La figura del padre y de la madre es fundamental para la neta identificación sexual de la persona.

Lo expresado no significa, valga la aclaración, desconocer la dignidad inalienable de la que están dotados todos los seres humanos, sin distinción alguna, así como el respeto que todos ellos merecen, cualquiera que sea su inclinación sexual. Debemos recordar al respecto lo expresado por el entonces Cardenal Joseph Ratzinger en la *Carta a los Obispos de la Iglesia Católica sobre la atención pastoral a las personas homosexuales*, de fecha 1º de octubre de 1986, en cuanto allí señala que

es de deplorar con firmeza que las personas homosexuales hayan sido y sean todavía objeto de expresiones malévolas y de acciones violentas. Tales comportamientos [...] revelan una falta de respeto por los demás, que lesiona principios elementales sobre los que se basa una sana convivencia civil. La dignidad propia de toda persona siempre debe ser respetada en las palabras, en las acciones y en las legislaciones.

## **6. La negativa a que las personas de igual sexo contraigan matrimonio no constituye una injusta discriminación, ni atenta contra la igualdad**

Quizás no esté demás poner el acento en que la negativa a que dos personas del mismo sexo contraigan matrimonio no constituye un acto de injusta discriminación. Discriminar es “separar, distinguir, diferenciar una cosa de otra”, es tratar en forma distinta a dos situaciones que no son iguales y cuyas diferencias son relevantes, lo cual no puede tildarse de arbitrario: a nadie se le ocurriría condenar por discriminatoria, por ejemplo, la disposición que fija una edad mínima para contraer matrimonio, pues en ello existen razones que la generalidad de la gente –y desde ya, quien ha dictado la norma– considera aceptables como para hacer una distinción al respecto.

Por otra parte y contra lo que algunos erróneamente proclaman, la discriminación no es cuestionable en sí misma, sino cuando se trata en forma desigual dos situaciones esencialmente iguales, no obstante no existir entre ellas diferencias cualitativas que justifiquen la aplicación de una solución distinta. Resultaría por tanto erróneo calificar de injusta discriminación el hecho de no admitirse la celebración del matrimonio entre dos personas de igual sexo, pues en tal caso la discriminación tiene fundamento y se justifica, dada la esencial disparidad existente entre ese supuesto y el de la pareja heterosexual, que hace que la homosexual no deba tener el derecho que sí tiene, en cambio, la heterosexual, en cuanto a la posibilidad de poder celebrar el matrimonio entre quienes la integran. Una cosa es respetar las diferencias, lo que sin duda está bien y debe tenderse a ello, y otra muy distinta, por cierto, favorecer legislativamente determinadas inclinaciones que nada aportan al bien común.

Debo aquí recordar que la ley antidiscriminatoria n° 23.592 no sanciona toda discriminación, sino únicamente aquella que en forma *arbitraria*

impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional.

Sí, en cambio, sería injusto tratar como iguales relaciones que son desiguales, lo que ocurriría si el matrimonio entre personas heterosexuales fuera tratado igual que una unión de personas del mismo sexo, que no tiene ni puede tener el mismo significado social.

Por otra parte, tampoco podría afirmarse, con la finalidad de cuestionar la negativa a la celebración de matrimonio entre personas de igual sexo, que una prohibición en tal sentido violaría la garantía de igualdad ante la ley –que implica gozar de iguales derechos en las mismas circunstancias–, ya que no se puede afirmar que sean iguales las circunstancias de las parejas heterosexuales unidas en matrimonio, uno de cuyos fines naturales es la procreación, y quienes, por ser del mismo sexo, no pueden procrear. Otorgarles a estas últimas el derecho a contraer matrimonio constituiría, en buena parte, un contrasentido básico, además de un desperfilamiento de la institución matrimonial, que a la sociedad no le interesa promover.

En definitiva, el principio de igualdad y no discriminación de los ciudadanos ante la ley, lejos de conllevar la imposición coactiva de una uniformidad igualitarista, significa tratar lo igual como igual y lo desigual como desigual, dando a cada uno lo suyo, lo que le pertenece en justicia.

## **7. Conclusiones**

Es por lo hasta aquí dicho que considero que la celebración de un matrimonio entre dos personas de igual sexo constituiría un acto inexistente, por cuanto en tal supuesto no se darían las condiciones mínimas para que una unión de esa naturaleza pudiera ser considerada un verdadero matrimonio, cuya esencia no puede ser desvirtuada por el legislador, por tratarse de una institución del orden natural, propia de la naturaleza humana.

A su vez, el legislador no debe tener una actitud neutral frente a la diversidad de situaciones que pueden darse con respecto a las distintas uniones de relaciones sexuales, sino que, por el contrario, debe distinguirlas y favorecer a aquella o aquellas que tengan un mayor interés para la sociedad –aunque más no sea por una necesidad de autoconservación–, no pudiendo dudarse sobre que ese interés se da con relación a las uniones heterosexuales, por las funciones que éstas tienen con respecto a la procreación, crianza y educación de las nue-

vas generaciones; por lo cual, no todas esas uniones pueden tener iguales derechos, ni otorgárseles la misma denominación.

No debe olvidarse que, tal como se ha afirmado, el matrimonio, en cuanto expresión institucional del amor de los cónyuges, que se realizan a sí mismos como personas y que engendran y educan a sus hijos, es la base insustituible del crecimiento y de la estabilidad de la sociedad. Así como que el concepto y la figura del matrimonio no han cambiado, no pudiendo el mismo sino celebrarse entre un hombre y una mujer, mediante la expresión del pleno y libre consentimiento prestado ante la autoridad competente para celebrarlo.