

Arias de Ronchietto, Catalina E.

Inconstitucionalidad de la ley argentina 26.618 de 2010. Su reforma. El matrimonio es un bien jurídico exclusivo del varón y la mujer, como tales. En consecuencia, es indisponible por el Estado.

Prudentia Iuris N° 68/69, 2010

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Arias de Ronchietto, C. E. (2010). Inconstitucionalidad de la ley argentina 26.618 de 2010 : su reforma : el matrimonio es un bien jurídico exclusivo del varón y la mujer, como tales. En consecuencia, es indisponible por el Estado [en línea], *Prudentia Iuris*, 68-69, 167-183. Recuperado de <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/inconstitucionalidad-ley-argentina-26618-reforma.pdf> [Fecha de consulta:.....]

(Se recomienda indicar fecha de consulta al final de la cita. Ej: [Fecha de consulta: 19 de agosto de 2010]).

**INCONSTITUCIONALIDAD
DE LA LEY ARGENTINA 26.618 DE 2010
SU REFORMA**

**El matrimonio es un bien jurídico exclusivo del varón
y la mujer, como tales. En consecuencia,
es indisponible por el Estado**

CATALINA E. ARIAS DE RONCHIETTO¹

Resumen: El presente artículo presenta las razones jurídicas que fundan la inconstitucionalidad de la ley argentina 26.618 de legalización de las uniones de personas del mismo sexo. Parte del reconocimiento de la igual dignidad esencial de todas las personas y analiza luego la reforma del matrimonio civil dispuesto por la ley 26.618 y la necesidad de reglamentación previa y específica del vínculo filiatorio y de parentesco por adopción y la improcedencia de la aplicación de las técnicas de procreación asistida en las uniones homosexuales o lésbicas. Señala cómo esta legislación afecta a terceros: al menor de edad en desamparo familiar, a la persona por nacer y, tam-

¹ Doctora en Ciencias Jurídicas y Sociales. Directora-Fundadora del Instituto de Derecho Civil “*Profesor Dr. Guillermo A. Borda*”; Investigadora-Profesora Titular Ordinaria de Derecho Civil V. Familia-FCJS; Profesora Asociada de Bioética FCS, Universidad de Mendoza. Miembro del Instituto de Derecho Civil-Cuyo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Miembro del Instituto de Bioética de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas; Miembro Extraordinario del Instituto de Estudios Constitucionales y Políticos, IADECYP-CRICYT-MENDOZA. Directora de Tesis de Doctorado. Miembro del Tribunal de Doctorado Personalizado - UM. Autora del libro *La Adopción*, coautora de diversas obras y autora de numerosos artículos.

bién, al matrimonio, a la familia y a la sociedad. El desarrollo presenta los argumentos por los cuales se sostiene que esta ley ha hecho una extensión irrazonable del nombre de matrimonio. También se cuestiona la “cláusula complementaria” prevista por la ley, que evidencia el abuso cometido y la imposibilidad de legislar sin lógica. Considera la actuación de los legisladores y la violación de lo anticipado en las respectivas plataformas electorales y señala que el matrimonio es una realidad anterior al derecho positivo. Finaliza con reflexiones sobre el límite objetivo que surge de la realidad y el riesgo caos social y jurídico-político y la necesidad de derogación de la ley 26.618.

Abstract: The present article presents the juridical reasons that found the unconstitutionality of the argentine law 26.618 of the legalizations of unions of people of the same sex. It starts from the recognition of the equal essential dignity of all the people and then, analyses the reform of the civil marriage requested by law 26.618 and the need of prior regulation and specifics of the filial and of parenthood by adoption link and the legal inadmissibility of the application of the fertility assisted techniques in gay or lesbian marriages. It points how this legislation affects to third parties: to the minor in family helplessness, to unborn person, and also, to the marriage, to the family and to the society. The development presents the arguments for which it is considered that this law has made an unreasonable extension of term the “matrimony”. It is also discussed the "complementary clause" provided by law, that proves the abuse committed and the impossibility of a legislation without a logic. It considers the legislators proceedings and the violation of what was anticipated in the respective electing platforms and it points the matrimony is a previous reality to the positive law. It ends with considerations about the objective limit that arises from the reality and the social chaos and juridical-political risk and the need of abolition of law 26.618.

Palabras clave: matrimonio – homosexualidad – filiación – adopción – familia – persona.

Keywords: marriage – homosexuality – filiation – adoption – family – person.

Agradecimiento

Con profunda preocupación por la reciente sanción de la ley 26.618 en la Argentina, agradezco la invitación para publicar esta colaboración al respecto, en una revista jurídica del prestigio de *Prudentia Iuris*, con la esperanza de poder contribuir a la reflexión y toma de conciencia de la necesidad de la nulidad o de una pronta reforma de la ley en comentario.

Introducción

Lo cierto es que en nuestro país estamos viviendo un tiempo socio-jurídico y político inmerso en una asfixia moral y jurídica como la que sólo son capaces de causar el abuso de derecho, el desatino ideológico, la confusión intencionada, cuando se utilizan por quienes pueden imponer su arbitrio voluntarista, sobre la convicción de la mayoría de los ciudadanos. Quienes, así, no fuimos representados como hubiera correspondido, máxime en el caso de esta ley surgida de una iniciativa ¿sólo legislativa? que tomó desprevenidos a la mayoría de los sufragantes en relación a lo propugnado en las respectivas plataformas electorales, cuando se eligieron a los legisladores que la aprobaron.

Ella ha irrumpido en la fundación y constitución de la vida familiar y social en su misma médula y, por cierto, desordenará al propio derecho de familia al que Héctor Lafaille, centrándose en el carácter institucional de sus normas y de su contenido, define con peculiar precisión: “El derecho de familia es el conjunto de instituciones jurídicas de orden personal y patrimonial que gobiernan la fundación, la estructura, la vida y la disolución de la familia”.²

A su vez, Jorge A. Mazzinghi ofrece el concepto jurídico de familia, en el que está vertebrado el derecho de familia nacional: “Es una institución basada en la naturaleza y entendida como sistema de normas que tienen el fin de asegurar la existencia y el desarrollo de la comunidad de personas, vinculadas por el matrimonio y la filiación, en orden a procurar a todos sus miembros el logro de su desti-

² LAFAILLE, Héctor, *Curso de Derecho Civil. Derecho de Familia*, Buenos Aires, Biblioteca Jurídica Argentina, Ariel, 1957, pág. 15.

no personal, terreno y trascendente”.³ Relacionando ambos conceptos magistrales se advierte el dislate socio-jurídico cometido por la ley 26.618.

Este estudio está redactado sobre la base de lo expuesto personalmente en Buenos Aires, ante la Comisión de Legislación General del H. Senado de La Nación Argentina, Presidente de la Comisión: Senadora Liliana NEGRE de ALONSO en la sesión del jueves 24 de junio de 2010 y durante la sesión en la H. Legislatura de la Provincia de Mendoza, el 28 de junio de 2010.

Por la profunda trascendencia y significación ético-jurídica y social de la sanción de la ley 26.618, el 14 de julio pasado, y por ser éste el primer trabajo que escribo después de la cuestionable sanción de la ley en comentario, corresponde declarar que ratifico integralmente el contenido de todos mis artículos publicados antes de su sanción, fundamentando mi oposición a su sanción y por cierto, también, lo sostenido personalmente ante la Comisión de Legislación General del H. Senado Nacional, Buenos Aires y en una segunda exposición, en la H. Legislatura de la Provincia de Mendoza,⁴ en mi

³ MAZZINGHI, Jorge A., *Tratado de Derecho de Familia*, prólogo de Guillermo A. Borda, tomo I, “El matrimonio como acto jurídico”, Buenos Aires, La Ley, 4ª edición, 4 tomos, 2006, pág. 19.

⁴ ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina Elsa, 1. “Rechazo integral del proyecto en debate en H. Senado de la Nación el matrimonio, bien jurídico exclusivo del varón y la mujer, es indisponible por el Estado”, en *Doctrina Judicial*, La Ley, Director Alejandro Borda, Buenos Aires, año XXVI, n° 28, 14 – julio- 2010; artículo redactado sobre la base de lo expuesto ante la Comisión Legislación General, en el H. Senado, Buenos Aires, 24-junio-10.; 2. “El bien personal del niño requiere al matrimonio como excluyente sujeto adoptante. De *lege ferenda*: propuesta de su previsión expresa salvo circunstancias de excepción”, en EDFA, *El Derecho*, 13-octubre-2009; 3. “Cuestión de resguardo del orden público: La familia matrimonial: indisponible bien jurídico del varón y la mujer. El trato homosexual no constituye matrimonio ni funda una familia, Buenos Aires, en *El Derecho*, 15-12-2009, Director Julio Conte-Grand; 4. “La familia matrimonial indisponible bien jurídico del varón y la mujer”, en *La Ley. Actualidad*, Buenos Aires, 18-12-2009.

Debo aclarar que la similitud de los títulos de los artículos, no así lógicamente de los ángulos de análisis, obedece a mi intención de contrarrestar la intencionadamente difundida expresión “matrimonio” homosexual en todos los medios de comunicación, *con el evidente fin de “acostumbrar” a la sociedad a esa inadecuada designación*; 5. “El proyecto en debate es inconstitucional por arbitraria alteración del derecho fundamental a casarse y fundar una familia” expuesto ante la Presidente de la Comisión de Legislación General, Senadora Liliana Negre d Alonso, algunos

calidad académica de especialista en derecho de familia y en bioética, y también, como ciudadana argentina. De ambas disertaciones se tomó versión taquigráfica.

1. Precisión fundamental: el reconocimiento de la igual dignidad esencial de todas las personas humanas

También, igual que en cada oportunidad y con convicción acendrada, reitero mi *reconocimiento* ético, óntico-jurídico y social de la igual dignidad esencial de todas las personas, como tales.⁵ Por ello, entiéndase bien, los límites, las exclusiones, los requisitos y las prohibiciones legales que he propugnado, sumados a los expuestos y publicados por muchos otros destacados juristas argentinos,⁶ son exactamente eso: la evidencia del resguardo jurídico integral de ese reconocimiento, que exige respetar a todas las personas por igual y por ello mismo procurar dar –reconocer deliberadamente– a cada

integrantes de la Comisión y los Senadores por Mendoza: Laura Montero, Ricardo Sanz y Adolfo Bermejo, constituida en la H. Legislatura de Mendoza, Mendoza, 28 junio 2010. Corresponde destacar la inabarcable lista de oradores inscripta para exponer en Mendoza (muchos más de 100), *con amplia mayoría de destacados oradores rechazando el proyecto*. Igual que ocurrió en las otras provincias en las que se hizo presente la Comisión. Se tomó versión taquigráfica.

⁵ MELENDO Tomás, *Las dimensiones de la persona*, Madrid, Palabra, 1999. En el capítulo “La singularidad irreplicable”, cita a Gilson, cuando afirma: “[...] la idea de persona implica la de individuo, más la de cierta dignidad de ese individuo.” GAMBINO, Gabriella, *Le unión omosessuali. Un problema di filosofia del diritto*, Milán, Giuffrè Editore, 2007.

⁶ SAMBRIZZI, Eduardo A., *Tratado de Derecho de Familia*, Buenos Aires, La Ley, 2010, 8 tomos. Magnífica obra en la que el principio ético-jurídico de matrimonialidad es el eje vertebral. El hecho de que ahora deba aclararse que se refiere al matrimonio heterosexual con excluyente exclusividad, es evidencia del desquicio que significa la ley 26.618 en todas las instituciones del derecho de familia. Asimismo del distinguido jurista consultar sobre la cuestión del matrimonio: *El consentimiento matrimonial*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995; *Impedimentos matrimoniales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994.

Es oportuno mencionar que los días 12 y 13 de agosto de 2010, el Instituto de Derecho Civil “Profesor Dr. Guillermo A. Borda”, FCJS, Universidad de Mendoza, organizó un Simposio Internacional Interuniversitario para celebrar la presentación de esta obra y en el que se analizaron los distintos temas del Tratado, sobresaliendo el tratamiento del matrimonio, en la espléndida obra de Sambrizzi.

uno lo suyo propio y debido, conforme las distintas circunstancias para sí, para terceros y para la sociedad, mediante las conductas en alteridad, las que deben ser reglamentadas por la ley, guiadas por los principios generales del derecho y concretadas en las sentencias, acorde a la realidad, a las buenas costumbres y al bien común.

2. Reforma de la ley 26.618. Necesidad de reglamentación previa y específica del vínculo filiatorio y de parentesco por adopción y de la aplicación de las biotécnicas de procreación humana asistida

Es consecuencia, afirmo que debió reglamentarse previamente, respecto del supuesto de las uniones homosexuales o lésbicas, la filiación por adopción o por aplicación de las biotecnociencias de auxilio de la procreación humana, de modo previo y específico antes que la ley en comentario, con específica prohibición de acceso de estas uniones a la adopción o a esas técnicas. Es indispensable establecer los infranqueables límites del orden público y las prohibiciones expresas, para protección del bien primordial del menor de edad o de la persona por nacer; para no caer en ficciones —el nombre de matrimonio es otro grave exceso de la ley— o en experimentos existenciales —niños sin padre y madre, sino con dos “madres” o dos “padres”—. Están involucrados terceros: a) la persona menor de edad en desamparo familiar; b) la persona concebida *in vitro*; c) la persona por nacer y, también, d) el matrimonio, la familia y la sociedad.

En suma, la ley 26.618 debe ser reformada para que no continúe creciendo un aluvión de hechos consumados que desordenan con audacia inaceptable a las personas y a la sociedad argentina. La familia heterosexual está reconocida constitucionalmente de modo expreso como la “célula elemental y fundamental de la sociedad”, y, también, está respaldada la familia de fundación matrimonial, como exclusiva realidad del varón y de la mujer, por serlo.

3. Extensión irrazonable del nombre y régimen del matrimonio civil

De allí que dentro de la reforma a la ley 26.618 que propugnamos, debe ser modificada la extensión irrazonable del nombre de

matrimonio a la unión civil de dos personas homosexuales o lésbicas. La ley 26.618 desborda el principio de reserva que dispone: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados [...]” (artículo 19 , Constitución Nacional).

La ley 26.618 extiende arbitrariamente el régimen jurídico del matrimonio civil y la fundación de una familia por filiación por adopción o por procreación humana artificial a las uniones entre sí de dos personas de conducta lésbica u homosexual. Esto agravia el orden y la moral pública, perjudica a un tercero: al niño, cuya personalidad, crianza y educación resultarán ser un inaceptable experimento social y además desconoce el principio ético-jurídico constitucional de “protección integral de la familia” (artículos 14 *bis*, 28, 33, Constitución Nacional y concordantes).

También ratifico lo publicado en otros artículos sobre la grave cuestión social y ético-jurídica: cambiar, *alterándola* ¿por ley? la naturaleza óntico-antropológica, ética y socio-jurídica del matrimonio, bien humano exclusivo del varón y la mujer e institución jurídica central de la convivencia familiar y social argentina, del derecho de familia todo; se altera también el régimen de la filiación, del parentesco y del vínculo paterno-materno-filial.

Graciela Medina, destacada especialista quien es además asesora de la Comunidad Homosexual Argentina y en ese carácter propulsó la ley 1004 de la Ciudad de Buenos Aires de uniones civiles homo y heterosexuales en 2002, señala la incongruencia de la ley 26.618, así como la reforma de la ley 18.248, en un objetivo y calificado análisis crítico del entonces proyecto de la ley. Sostiene: “[...] constituye un atraso en relación a la situación jurídica de las mujeres [...]”, expresa: “[...]que el proyecto sea cuidadosamente revisado por la Cámara de Senadores de la Nación”⁷ y ejemplifica con referencias precisas el articulado.

También otros prestigiosos juristas nacionales han denunciado

⁷ MEDINA, Graciela, “La ley de matrimonio homosexual proyectada. Evidente retroceso legislativo de los derechos de las mujeres”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, La Ley, año 2, n° 5, junio de 2010, págs. 3-12. De la autora, cf. *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2001.

los excesos de la ley, así: Borda, Guillermo Julio, Perrino, Jorge Oscar (cuyo *Tratado de Derecho de Familia*, centrado también en el matrimonio heterosexual, mereció el Premio de la Academia Nacional de Derecho, 2007); Basset, Úrsula C.; Tobías, José W; Lafferriere, Jorge Nicolás, citando todos a muchos otros juristas argentinos en las respectivas referencias bibliograficas a pie de página de los diversos estudios, lo cual da pauta de la entidad de la reacción adversa a la ley que pretende ser ignorada.

Me circunscribo a nuestro país, dejando en esta oportunidad de lado la minoritaria legislación comparada afein a la ley en comentario, la que a su vez es también dispar en los efectos jurídicos que concede. Nuestra idiosincrasia, nuestra cultura e identidad en cuanto a valores y principios sobre la familia y el derecho de familia, son todavía firmes y claros, en el plano de las personas y también en el plano social y jurídico. Y en defensa del prestigio del Derecho Civil argentino.

4. Reforma de la ley 26.618. La utopía ideológica de su “cláusula complementaria” revela el abuso cometido y la imposibilidad de legislar sin lógica

Constituyó un acto de violencia estatal la imposición a la sociedad argentina de una ley arbitraria y voluntarista, como tal, inconstitucional. Además, hay conciencia colectiva de su irregular sanción sumamente confusa y apresurada. Por ello, su autodenominada “cláusula complementaria” pretende cubrir... lo imposible.⁸ Esa cláusula, en especial, testimonia el apuro, la violencia, el disla-

⁸ Ley 26.618 /2010. Cláusula complementaria. Artículo 42: “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 [...]”. Firmado José Pampuro-Eduardo Fellner Se debe a la ponencia en Diputados de Jorge Nicolás Lafferriere, junto a otras afines, la oportuna precisión de limitar a sólo DOS contrayentes, requisito que la ley designa con mayúscula. Es sugestivo.

te, la ignorancia respecto de cuanto el matrimonio es y en especial la imposibilidad de legislar sin lógica alguna.⁹ ¡Pero con la soberbia de instar a una reforma del Código Civil! Sostenemos que a la inversa: corresponde anular, derogar o reformar la ley 26.618 porque es inconstitucional.

Ha sido sancionada evidenciando la manipulación de la votación en la sesión plenaria del H. Senado Nacional, por muy ajustada mayoría: *33 votos a favor, 27 en contra, 3 abstenciones, 3 senadores que para votar al final intempestivamente se levantaron,*¹⁰ *otros que repentinamente cambiaron “de opinión” y votaron a favor de la sanción de la ley y 2 senadoras que aceptaron viajar a China con la Presidente, después de anticipar que votarían en contra.*

En la Cámara de origen, a cada Diputado es reprochable constitucionalmente al igual que a cada Senador la conducta de quienes cedieron a las presiones y promesas de diversa entidad y contenido, del poder político en ejercicio del gobierno, para que votasen para aprobar la ley. No obstante, debe destacarse que un alto número de legisladores –109 Diputados– votaron en contra del proyecto.

Finalmente, en la sesión plenaria de Senadores, se cometió, desde el inicio, una prescindencia agravante del Dictamen de la Comi-

⁹ MEDINA, Graciela, “La ley de matrimonio proyectada. Evidente retroceso legislativo...”, cit; BASSET, Úrsula C., “Una ley con marca de nacimiento y sin denotado: la ley 26.618 de matrimonio *gender neutral*, en prensa en *Doctrina Judicial*, La Ley, Buenos Aires, septiembre de 2010; ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES, Dictamen sobre el proyecto de reforma del Código Civil que permite el matrimonio de personas del mismo sexo”; LAFFERRIERE, Jorge Nicolás; “Análisis crítico del proyecto de ley de pretensio matrimonio entre personas del mismo sexo”, Buenos Aires, *El Derecho*, n° 12.503, 13-mayo-2010; LIMODIO, Gabriel, “El proyecto de ley de legalización de las uniones de personas del mismo sexo”, Buenos Aires, *El Derecho*, n° 12.527, 18-junio-2010; SAMBRIZZI, Eduardo A., “El consentimiento matrimonial. Sobre la necesidad de que sea prestado por un hombre y una mujer”, Buenos Aires, *El Derecho*, n° 12.393, 2-diciembre-09; BORDA, Guillermo Julio, *El intento de desvirtuar al matrimonio*, Buenos Aires, La Ley, agosto 2010, tantos otros con quienes me disculpo por no incluir aquí.

¹⁰ FUNDAR. Servicio a la Vida. Gacetilla 344/10. Director: LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, “Familia: Congreso Argentino sanciona grave e inconstitucional ley de uniones de personas del mismo sexo”. Del mismo especialista: “La reforma del matrimonio civil y las uniones de personas del mismo sexo”. Incluye un pormenorizado relato de las peripecias parlamentarias del proyecto y un análisis crítico de la ley 26.618 al que adhiero, Buenos Aires, *Legislación Argentina*, *El Derecho*, Boletín n° 14, 13-agosto-2010.

sión de Asuntos Legislativos, presidida dignamente por la Senadora Liliana Negre de Alonso, quien realizó una importante gira por varias provincias, resguardando el mandato constitucional de que los Senadores las representan de modo específico, audiencias en las que la oposición fue muy numerosa, rotunda, pública y ampliamente adversa a la sanción de la ley 26.618.

5. Violación de las respectivas plataformas electorales

Consideramos que la mayoría de los legisladores que han aprobado la ley han incurrido en *incumplimiento del deber de funcionario público*, figura que consideramos alcanza a cada legislador como representante legitimado por votación válida *para una plataforma temática determinada* que no incluían reformas de profundísima trascendencia personal y social como lo son el matrimonio, la familia, la patria potestad, la filiación y el parentesco. Negar, como se ha hecho por algunos legisladores en entrevistas personales y en los medios de comunicación social, diciendo que efectivamente se trata de cuestiones no enunciadas públicamente antes de la respectiva votación por los diversos partidos políticos, porque no se trata de algo trascendente sino de un tema de coyuntura, es un acto de corrupción.

6. El matrimonio, realidad anterior al derecho positivo

Por otra parte, tampoco adherimos a la propuesta de realizar un plesbicio o una consulta popular sobre el contenido de la ley. *No se trata de una cuestión a resolver por mayorías o minorías*. Por el contrario, la naturaleza ético-jurídica del matrimonio y en consecuencia, su reglamentación legal, es una cuestión regida por el derecho natural anterior al derecho positivo, el que sólo la reconoce y resguarda.¹¹

¹¹ Sobre la vinculación entre el derecho natural y el derecho positivo, fundamental en el tema tratado: cf. en *Filosofía Jurídica*: MASSINI CORREAS, Carlos I., “Derecho natural y ciencia jurídica. Consideraciones sobre la ciencia del derecho como ciencia práctica”, en HERRERA, Daniel A., Compilador, AA.VV. *II Jornadas Internacionales de Derecho Natural. Ley natural y multiculturalismo*, Facultad de Derecho. Cátedra Internacional Ley Natural y Persona Humana, Buenos Aires, EDUCA, 2008, págs. 185-231; *La ley natural y su interpretación contemporánea*,

Sus principios y mandatos básicos son objetivamente reconocibles en la vocación humana a la perfección personal y a conocer los bienes que la intermedian.¹² Así, por ejemplo, salta a la vista con elemental evidencia que el matrimonio une a una mujer y a un varón en todos sus planos personales, en exclusiva complementariedad masculino-femenina. Esto es algo que sólo puede cuestionarse negándose a reconocer la realidad humana por mala fe o por alteración abusiva del criterio. También es evidente que es injusto privar ¿por ley? a un niño de tener padre y madre en la configurante complementariedad referida. *¿Cómo calificar el experimento psicoantropológico de imponerle –en indefensión e inocencia– a dos mujeres convivientes lesbianas como madres o dos hombres convivientes homosexuales como padres?* También es injusto alterar para la sociedad la fundación y conformación de cada familia restando solidez a la trama social de relaciones.

Otra precisión fundamental. La relación personal y sexual de un varón y una mujer es la única que está abierta a la posibilidad natural de la procreación y educación de los hijos y es también la exclusiva, excluyente e irremplazable complementariedad personal que a su vez es la única capaz de configurar y animar cotidianamente a cada familia, como tal.

Sin otra intención que defender la verdad y el bien común, también para protección de las personas de conducta lésbica u homosexual de buena fe, sostenemos que ellas no pueden contraer realmente matrimonio ni fundar una familia. Las llamadas “relaciones sexuales” o “relaciones convivenciales” entre dos personas de práctica homosexual o lesbiana entre sí son algo totalmente distinto porque, precisamente, no son relaciones entre un hombre y una mujer.

Pamplona, EUNSA, 2006; en Derecho de Familia, MAZZINGHI, Jorge A., *Tratado de Derecho de Familia*, Buenos Aires, La Ley, 4^a edición, 4 tomos, 2006; MÉNDEZ COSTA, María Josefa, *Los principios jurídicos en las relaciones de familia*, Santa Fe-Buenos Aires, 2007.

¹² Cf. MASSINI CORREAS, Carlos I., “El fundamento de los derechos humanos” en *Filosofía del Derecho*, tomo I: *El Derecho, los Derechos Humanos y el Derecho Natural*, Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, 2^a ed., 2005, págs. 131-154, 3 tomos; TOBIAS, José, “Derecho a la identidad personal”, en *Derecho de las Personas*, Buenos Aires, La Ley, 2009, págs. 733-752.

7. Recapitulación central de cuanto hemos afirmado en distintas exposiciones o publicaciones

1. El matrimonio como institución social de derecho civil y constitucional de familia es indisponible por el estado. Por ello, la ley 26.618 es fruto de manifiesta arbitrariedad y por lo tanto es inconstitucional, conforme al artículo 28, principio de razonabilidad y concordantes, que prohíbe: “[...] *alterar* los principios, garantías y derechos reconocidos [...]”, en la Constitución Nacional desde 1853.
2. Los principios y contenidos ético-jurídicos matrimoniales son anteriores a la ley 26.618; son sus *condiciones de existencia* conforme al artículo 172 del código civil: la heterosexualidad y el consentimiento pleno y libre manifestado ante el funcionario habilitado son indisponibles por el estado de derecho que así lo reconoció y reglamento con las reformas al código civil por las leyes 2.393/1888, 17.711/1968 y 23.515/1987.
3. El matrimonio es indisponible por el Estado también en el plano de la jurisprudencia a la que como exigencia de la forma republicana de nuestro gobierno no le corresponde legislar. Se desconoció la división de poderes para abrir camino a la ley en comentario con fallos dictados por tribunales incompetentes presionados por el “lobby gay”.
4. El matrimonio es también un fundamental bien jurídico indisponible por ley, como ha ocurrido con la ley 26.618/ julio 2010.

Junto a tantos juristas que también lo advirtieron y fundamentaron públicamente, sostenemos que esta ley sólo logró ser sancionada formalmente como fruto de abusivas presiones desde el poder político comprometido por el “lobby gay” y *debe ser derogada, o al menos, reformada por inconstitucional y arbitraria.*

5. Si no obstante se sostiene que se ha legislado por la vía de auténtico estado de derecho, el estado –el congreso nacional– debería igual revisarla por su materia. Su peculiarísima e innegable trascendencia social, por el inadmisibles apremio de su sanción, todo lo cual es de conocimiento público. Ha trascendido en los medios de comunicación, en especial por la televisación de las sesiones y entrevistas a los legisladores “líderes”.

6. La ley 26.618/ 2010 es inconstitucional porque *altera* derechos reconocidos como el derecho natural a casarse y fundar una familia con todo cuanto este derecho implica y exige. La complementariedad en todo plano de la persona humana varón y de la persona humana mujer. Viola el principio de razonabilidad, artículo 28, CN citado, el art. 33 CN y concordantes. También a los tratados internacionales constitucionalizados, los que al referirse al matrimonio precisan expresa y específicamente hombre y mujer (por ejemplo, el artículo 17 del Pacto de San José de Costa Rica).
7. *Todo esto fue ampliamente reclamado a los diputados y a los senadores*, algunos de los cuales manifestaron en el momento de votar temor por discrepar con el proyecto. Otros se “retiraron” oportunamente y otros se “abstuvieron”. Curiosamente coinciden con los que niegan el derecho a la objeción de conciencia al oficial del registro civil que no quiera realizar el control de legalidad de ese tipo de “matrimonio”.
8. En un régimen democrático, basado en el sufragio y representación de los ciudadanos, es evidente que los legisladores, *excedieron con creces lo hecho público en sus distintas plataformas electorales*, fueron prescindentes del bien común nacional al que la familia fundada en el matrimonio integra desde que nacimos como nación.
9. Las maniobras por las que se impuso luego en el senado ratifica la arbitrariedad de una ley que pretende obligar a reformar el régimen integral de derecho de familia del código civil. Elimina palabras como madre, esposa, padre, esposo, marido... ¿es siquiera de sentido común?
10. *El trato homosexual o el lésbico no constituyen matrimonio ni fundan una familia*. Si las personas de conducta homosexual o lésbica aspiran a regular sus intereses o su vida en común, pueden apelar, como vienen haciéndolo, a diversos institutos del derecho común y del derecho previsional; con lo cual se garantizan equidad recíprocamente frente a eventuales sucesos y rupturas y se protegen en distintos planos, sólo si así lo desean.

Tampoco es razonable la creación de una “unión civil” específica, una suerte de regulación matrimonial de contenido muy similar pero con otro nombre. Todo lo cual constituiría, además, la contracara del

poder ejemplar de la ley. No es éste un mal menor. Constituye una causa más de escepticismo, de desaliento y de mal ejemplo para los jóvenes argentinos que aspiran a casarse.

El trato homosexual o el lésbico con base en el ámbito de reserva de las “conductas privadas”, amparado por el art. 19 CN, en tanto se entable entre personas mayores de edad, capaces y libres de impedimentos de orden público. Entiendo por trato homosexual o lésbico, la relación personal voluntaria, continuada, estable, de dos varones o dos mujeres adultos entre sí, respectivamente. De este trato, según su duración y caracteres, puede –o no– surgir la necesidad para ellos de acordar lo que hace a intereses patrimoniales comunes, así una inversión conjunta en negocios, o la adquisición de una vivienda, o asegurarse derechos previsionales o asistenciales recíprocos. El caso de la pensión, el de las obras sociales, ya están reglamentados aceptándolo.

De *lege ferenda*, podría proyectarse una figura hereditaria optativa especial con base en el derecho de propiedad. *Respecto de los asuntos patrimoniales estrictamente es evidente que pueden recurrir a las variadas figuras jurídicas contractuales, societarias, al alcance de todos los habitantes de la Nación con el límite de los artículos 953, 1071, CCiv., y ccdtes.*¹³

Ahora bien, es imprevisible la variedad de situaciones que pueden presentarse, porque lo cierto es que *el trato homosexual o lésbico no resiste un régimen institucional*; es más, constituiría una intromisión del Estado justamente porque se trata de “acciones privadas” (art.19, CN). Por ejemplo, ¿si eligen no convivir en la misma casa o no asistirse con alimentos recíprocos?; ¿o si deciden no ser fieles entre sí?; ¿o si se separan de hecho incluso unilateralmente y de hecho al tiempo se reconcilian?; ¿o rechazan tomar provisiones en caso de que uno de ellos fallezca? Las estadísticas demuestran que no les interesa “casarse”; son otras sus motivaciones. Los instamos a serenarse, pensar y señalar que son instrumentados para concretar otros fines ideológicos y anárquicos, que muchos de ellos y algunos legisladores no han advertido.

¹³ CÓRDOBA, Marcos M., *Por un proyecto inclusivo de uniones*, Buenos Aires, La Ley, 13-julio-2010. También podrían pensarse para otras figuras sucesorias de *lege ferenda* por ejemplo la Tutela o Curatela Adoptivas por impedimento adoptional de parentesco u otras. Cf. ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina Elsa, *La Adopción*, cit. de *lege ferenda*: “La Tutela y la Curatela Adoptivas”, págs. 179-193, pág. 21.

8. El límite objetivo: la realidad. Riesgo de caos social y jurídico-político

Una persona de conducta o práctica homosexual puede integrar una familia como hijo, hermano o en calidad de otro pariente, pero nunca como cónyuge fundante de otra familia. El límite está allí, en la realidad.¹⁴ La persona de conducta homosexual o lésbica titulariza el reconocimiento integral de su dignidad como persona, con igual reconocimiento por parte de todas las demás personas y del derecho y la sociedad de sus derechos y también, de sus deberes, obligaciones e impedimentos.

Es sabido que todo derecho conlleva deberes correlativos y por lo general recíprocos. En este caso, el deber es el que la ley ni siquiera ha enunciado, menos aún resguardado y que es el de evitar el abuso del ejercicio de todo derecho y daño a tercero. La persona de conducta homosexual o lésbica (o bisexual como se sostiene hace años desde cierto sector de la doctrina) tampoco es apta para fundar una familia mediante hijos por adopción o por aplicación abusiva de las técnicas de procreación artificial, o imponiendo “contratos” de “maternidad portadora” que violan lo previsto y prohibido por nuestro derecho, así los artículos 953 y 1071 del Código Civil, el nodal principio de razonabilidad de nuestra Constitución Nacional, y concordantes, así como elemental conducta ética médica.

¹⁴ PASTORE, Analía, “Reflexiones en torno de los proyectos de ley sobre matrimonio homosexual, (expdtes. 1854-D-2008 y 1737-D-2009), expuesto en la Reunión Plenaria de las Comisiones de Legislación General y de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, H. Cámara de Diputados, Buenos Aires, Sesión del 5-11-09. BASSET, Úrsula C., “Tocante al proyecto de matrimonio y filiación homosexuales, ¿podrían derivarse responsabilidades por daños y perjuicios? Sugerencias de la última doctrina norteamericana al respecto” en *El Derecho*, Buenos Aires, 8-noviembre-07, n° 11.879. “Parejas de personas del mismo sexo, Derechos Humanos y Derecho Civil”, *INFORME en la Sesión Plenaria Comisiones de Legislación General y de Niñez Adolescencia y Familia*, H. Cámara de Diputados de la Nación, Buenos Aires, 5-11- 2009.

En discrepancia, entre otros, GIL DOMEINGUEZ, Andrés, “Constitución, familia y matrimonio”, en *La Ley*, 14-septiembre-07; LLOVERAS, Nora; SALOMÓN, Marcelo, *El derecho de familia desde la Constitución nacional*, Buenos Aires, ed. Universidad, 2009; SOLARI, “Matrimonios de personas del mismo sexo”, nota a fallo “Rachid”, CNC, Sala F, Buenos Aires, *La Ley*, 14 -noviembre-07. No obstante el mismo autor advirtió: “Otro fallo de necesidad y urgencia. Matrimonio y orientación sexual”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, *La Ley*, año 2, n° 4, mayo 2010.

Tampoco es posible que toda la cuestión se resuma en conquistar fines inconfesos y diferentes, entre ellos imponer con hechos consumados presentados como “que suceden”, lograr el caos social. La propia ley 26.618, más que una ley con la envergadura jurídica de un Estado de derecho, es un hecho consumado que con violencia moral se impuso a la sociedad argentina, reglando un pretense “matrimonio” civil, configurando un verdadero saqueo a los matrimonios ya contraídos y con grave detrimento de la ejemplaridad de la ley para los jóvenes, quienes tal vez ante semejante modelo opten por no casarse en el plano civil.

Incluso, ha revertido en perjuicio y descrédito de las propias personas de conducta homosexual, quienes no pueden y así lo saben, fundar una familia, porque para ello necesitan generar realmente un vínculo paterno-filial. Abusivamente ya lo han obtenido en aislados casos por adopción unipersonal ocultando su convivencia de pareja al magistrado o a su equipo asesor interdisciplinario; o por aplicación de técnicas de procreación artificial, que en estos casos constituyen un abuso tecnocientífico de variados destinos y no un acto propio de la ciencia médica, es decir, propios de un médico en ejercicio de su profesión.

La ley 26.618 es el fruto de un orquestado ataque a las instituciones del derecho de familia, a la familia –heterosexual por naturaleza– y al matrimonio, en especial, lo desconocen como bien jurídico exclusivo del varón y la mujer, indisponible por el Estado. El proyecto arbitrariamente ataca al matrimonio piedra angular de la familia argentina y, por ello, su régimen jurídico está integrado por normas de orden público.

En cambio, en tanto no perjudiquen a un tercero o transgredan el límite del orden y la moral pública, como prescriben el art. 19, CN y ccdtes; también la figura del abuso del derecho, art. 1071, CCiv. que agrega expresa referencia a las buenas costumbres; el trato homosexual o lésbico tendrá el contenido que sus integrantes, siempre mayores de edad y capaces, elijan dentro de los límites constitucionales, penales y civiles. El nuestro es un régimen jurídico de libertad; pero es tal, un régimen jurídico; establece deberes, derechos, impedimentos y obligaciones en resguardo de los tres valores centrales del derecho: justicia, orden y seguridad.

Precisión necesaria: asimismo, alertamos que la sanción de la ley 26.618 por ahora no incluye o dará lugar a variantes de multiformes relaciones diversas que irán “apareciendo en la práctica” o en

“proyectos” paulatinamente para satisfacer, por ejemplo, el reclamo de uniones “plurales”, de quienes afirman tener orientación bisexual, o varios otros supuestos que cuando menos desbordarían lo previsto como “conductas privadas”, art.19, CN.

Ahora bien, reiteramos, con base en su reconocida dignidad óntica, la persona de conducta homosexual o lésbica, integra vínculos familiares, posee estado de familia, en total igualdad de condiciones de sus derechos, deberes, impedimentos y obligaciones: una persona de conducta homosexual o lésbica puede ser hija/o, hermana/o, sobrina/o, nieta/o, prima/o. Pero está impedida de fundar una familia con otra persona de su mismo sexo. Ni mediante el matrimonio ni tampoco por la forzada figura que no conforma a nadie, la denominada “unión civil”, como lo intentó a modo de punta de lanza, la ley 1.004 de la Ciudad de Buenos Aires y su decreto reglamentario, luego Río Cuarto y alguna más. No se trata de una arbitraria discriminación, ni de alterar la igualdad ante la ley, sino de reconocer que la desigualdad proviene de las circunstancias personales. Y sobre todo de reconocer la verdad que es una forma cierta de respetar la dignidad del otro y posibilitar a todos una auténtica libertad psíquico-espiritual. Por esa vía, tal vez también permita la restauración de la identidad personal como cada vez se demuestra con mayor convicción desde la psicología especializada.

Sostenemos que se ha procedido, al menos, desordenada y precipitadamente. Antes debieron ser reglamentadas la aplicación de las biotécnicas de procreación artificial y el propio régimen de filiación y parentesco adoptivos, subrayado el requisito de idoneidad adoptional, sus impedimentos y el establecimiento expreso del matrimonio de varón y mujer como exclusivo adoptante conjunto, única vía de proporcionar a un menor de edad en comprobado desamparo familiar, un padre y una madre por adopción. Protegiendo así el principio central del instituto que es la protección del bien superior del menor de edad en primer lugar y, luego, satisfacer la solicitud de los miles de matrimonios argentinos que, inscriptos y con todos los trámites cumplidos, aguardan –dando testimonio de su vocación parental– desde hace en muchos casos más de ocho a diez años.¹⁵

¹⁵ ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina Elsa, *La Adopción*, prólogo de Guillermo A. Borda, Premio Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Mendoza,

Pese a los difundidos testimonios que en realidad ratifican esa evidencia, la verdad es que las personas de conducta lésbica u homosexual no pueden vivir cuanto un matrimonio es. La ley es lesiva e inconstitucional por arbitrariedad evidente. *Su debate, además, fue abusivamente apresurado y excede el contenido públicamente conocido del mandato representativo de casi todos los legisladores, por lo que es cuestionable su validez en nuestro Estado de derecho.*

Las numerosas y recientes exposiciones y publicaciones, entre ellas la de la Academia Nacional de Derecho, de Eduardo A Sambrizzi, Úrsula C. Basset, Jorge A. Mazzinghi, Guillermo Julio Borda, Gabriel Limodio, Jorge Nicolás Lafferriere y tantos otros juristas, a los que adhiero a fin de evitar superponernos, demosttra-

Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, reimp, 2008; de *lege ferenda*: “La Tutela y la Curatela Adoptivas”, págs. 179-193, pág. 21.

Otras publicaciones de la autora sobre adopción: “La Tutela por Afinidad respecto de los hijos de anterior unión. Oposición ético-jurídica al empleo de la designación ‘familias ensambladas’ en el Derecho de Familia”, en Número Especial *El Derecho*, 16-6-2009; “El bien personal del niño requiere al matrimonio como excluyente sujeto adoptante. De *lege ferenda*: propuesta de su previsión expresa salvo circunstancias de excepción”, en EDFA, *El Derecho*, 13-octubre-2009; “Extraneidad y Judicialidad: principios configurantes de la filiación por adopción plena. La Tutela Adoptiva”, en *Revista Doctrina Judicial*, año XXV, n° 14, 8-4-2009; “La adopción en el Código Civil Argentino. Primer Congreso Nacional de Derecho Civil, Córdoba, 1927”, en *Obra Homenaje*, AA.VV., Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009; Nota a Fallo CSJN, “La filiación por adopción plena y el derecho a la identidad. Principios jurídicos configurativos del vínculo adoptivo”, en *La Ley*, Buenos Aires, 22-3-2006; “El vínculo jurídico paterno-filial y familiar por adopción, hoy. Filiación por adopción plena. Tutela por Afinidad. Tutela Adoptiva. Guardas judiciales y Filiación por renuncia o abandono del Hijo-Embrión Crioconservado (FIDEC) “en el *Primer Encuentro Académico Cuyano de Derecho*, Instituto de Derecho y Ciencias Sociales de Cuyo, de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, San Juan, 31-5 y 1-6-2007; *idem* Ponencia ante la Comisión “Familia” de las XXI JNDC, UNLomas de Zamora, 2007; “El vínculo jurídico paterno-filial y familiar por adopción, hoy”, Buenos Aires, *El Derecho*, 22-8-07; “Supresión y sustitución de la adopción simple” en AA.VV.”, en *La nueva ley de adopción n° 24.779*, Número Especial coordinado por Nora Lloveras, Buenos Aires, *Jurisprudencia Argentina*, 1997; “Principios jurídicos básicos en derecho de familia. Identidad y familia”, “Reforma al régimen nacional de filiación y tutela”, en *Apuntes jurídicos* año 2, n° 3, 1999, págs. 7-32 y *Apuntes Jurídicos*, año 5, n° 4, Consejo latinoamericano de estudiosos del derecho internacional y comparado, (COLADIC), Mendoza-Bs.As., 2003; “Naturaleza del vínculo adoptivo. Su dignidad”, Buenos Aires, en *El Derecho*, 93-953.

ron minuciosamente el desorden irrazonable, el daño que se causaría en el régimen de derecho de familia, por la imposibilidad ético-jurídica de una regulación coherente con la realidad humana, la del niño en particular.¹⁶

Discrepo, por lo tanto, absolutamente de otras exposiciones y publicaciones ¿de derecho de familia? que han osado propugnar la reforma integral al Código Civil re-definiendo al matrimonio para abarcar en él al trato homosexual y al lésbico, incluso respaldando su aspiración al vínculo paterno-filial por adopción o justificando su recurso abusivo a las técnicas de procreación artificial.

La ley 26.618 es inconstitucional, además, por arbitraria alteración del derecho fundamental a casarse y fundar una familia, art.14, art. 28 y ccdtes. CN, Tratados constitucionalizados y Civil también por atentar contra el mandato de igual rango normativo de su protección integral, artículo 14, bis, CN importante agravio ético-jurídico ya infringido por la ley 26.618. Algo que se ha destacado muy poco: la ley 26.618 constituye un agravio infringido a los matrimonios ya constituidos, conforme a la naturaleza jurídica del matrimonio que ellos consintieron, que son la gran mayoría de nuestra sociedad.

Instancia conclusiva. Derogación, o al menos, reforma de las leyes 26.618 y lo previsto para la ley 18.248

Postulo entonces la declaración de nulidad o la pronta reforma de la ley 26.618 por las razones expuestas que sostengo son insalvables razones de fondo. El matrimonio, institución social –en expresión del Codificador Vélez Sársfield en su célebre *Nota al Título del Matrimonio*– que es de secular beneficio para la sociedad, el mejor ámbito para la comunicación de la vida y la educación de los hijos, todo lo cual también es necesidad política del Estado, el que por ello debe protegerla firmemente con normas de orden público, desde las leyes maestras y guías de la salud de las costumbres conforme a los principios generales de derecho y auténticos debates doctrinarios

¹⁶ LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, en coautoría con BASSET, Úrsula C., “Europa redefine familia pero conserva el matrimonio de varón y mujer. Últimas novedades del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, Buenos Aires, *La Ley*, 6-7-10.

autorales y jurisprudenciales, despojados de intereses ajenos, militancias ideológicas, opuestos al derecho cuyo fin es el bien común o bienestar general, bien de todos.

Reiteramos. Disponer, como lo hace la ley 26.618, que el matrimonio pueda ser también “contraído” por dos personas de orientación o práctica homosexual entre sí, ya sea por dos mujeres o dos varones, constituye una gravísima *alteración* del derecho de las personas heterosexuales ya casadas, un daño a reclamar al Estado, porque desconoce cuánto, como institución ético-jurídica y social, es el matrimonio que ellos contrajeron con su consentimiento a como estaba regulado el estado de familia civil al que ingresaban como cónyuges. Como es sabido, el artículo 172 CCiv. enuncia las *condiciones de existencia* del mismo, reclamando desde 1987 especialidad para el régimen matrimonial previsto respecto del de las nulidades de los actos jurídicos. También, genera *inadmisible inseguridad jurídica por alteración inconstitucional del matrimonio* para quienes, heterosexuales, planeaban casarse en el futuro.

Constituiría, además, un grave daño a múltiples derechos subjetivos el que exigiría, al menos, reparación, aunque siempre insuficiente, del Estado porque causará el consiguiente desorden familiar, social y político, realmente de *imprevisibles consecuencias*. *Las multitudinarias y previas manifestaciones a su sanción en Mendoza, Tucumán, Chaco, otras provincias, evidenciaron la contundente opinión-rechazo del pueblo respecto del proyecto.*

¿Puede creerse que no han meditado nada de ésto los legisladores que dieron su aprobación a la sanción de la ley 26.618? ¿Cuáles otros son en realidad los fines perseguidos?

De *lege ferenda*, sumándome a gran parte de la doctrina nacional, propongo reformar la ley 26.618, dejar sin efecto lo previsto para la ley 18.248, reservar el nombre de matrimonio exclusivo para varón y mujer; la filiación y el parentesco por adopción para el matrimonio como padres adoptantes conjuntos; así como la eventual aplicación legal de las biotécnicas de procreación humana asistida exclusivamente para matrimonios de varón y mujer, resguardando cada vida humana desde su concepción, el impedimento de parentesco y los principios generales del derecho de familia nacional.