

*Uniones civiles**

Por Hugo Rocha Degreef

1. Estatuto de la Unión Civil en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

La legislatura de la Ciudad de Buenos Aires sancionó el 12 de diciembre de 2002 la ley 1004, que estableció el Estatuto de la Unión Civil en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para la unión conformada libremente por dos personas con independencia de su sexo u orientación sexual, que hayan convivido en una relación de afectividad estable y pública por un período mínimo de dos años, salvo que entre los integrantes haya descendencia en común, debiendo inscribir la unión en el Registro Público de Uniones Civiles, creado por la misma ley, y también su disolución, si sobreviene la misma.

Para el ejercicio de los derechos, obligaciones y beneficios que emanan de toda la normativa dictada por la ley, administrativas y previsionales los integrantes de la unión civil tienen un tratamiento similar a los cónyuges.

No se permitió constituir la unión civil a los menores de edad, a los parientes por consanguinidad; ascendientes y descendientes sin limitación y los hermanos o medios hermanos; los parientes por adopción plena y por adopción simple –mientras no sea anulada o revocada–; entre adoptantes y adoptado; adoptante y descendiente o cónyuge del adoptante; hijos adoptivos de una misma persona entre sí y adoptada e hijo del adoptante; los parientes por afinidad en línea recta en todos los grados; los que se encuentren unidos en matrimonio, mientras subsista; los que constituyeron una unión civil anterior mientras subsista, y los declarados incapaces.

2. Decreto 556 del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Por el decreto 556 dictado por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el 13 de mayo de 2003, se reglamentó la ley 1004, disponiéndose que el Registro Público de Uniones Civiles funcionará en el ámbito del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, donde se inscribirá la unión civil a solicitud de ambos integrantes y la disolución por mutuo acuerdo, la voluntad unilateral de uno de los miembros de la unión civil, el matrimonio posterior de uno de los miembros de la unión civil y la muerte de uno de los integrantes de dicha unión, la que se formalizará por instrumento público con intervención de un oficial público.

3. Unión de homosexuales

Las uniones de homosexuales se acrecientan día a día dentro de las sociedades del mundo entero, las que han dejado de ser, para algunos, conductas enfermas, perversas, patológicas, o desviaciones sexuales vinculadas con una alteración psicopática de la personalidad o que son producto de una inclinación o comporta-

* [Bibliografía recomendada.](#)

miento sexual anormal o que padecen de una disminución o discapacidad funcional.

Sin embargo, la doctora Laura Schlessinger, en los Estados Unidos de América, los trata como enfermos, como derivados de un error biológico, recomendando terapias de cura. Si bien admite que la comunidad científica afirma que la homosexualidad no debe ser entendida como enfermedad o aún cuando fuera realmente una enfermedad, ésta, en derecho, es una incapacidad.

De todos modos, el aumento creciente de las parejas homosexuales, ha logrado, cada vez más, una aceptación tácita o expresa en lo social, a partir del reconocimiento y garantía del derecho a ser diferente, no admitiéndose discriminaciones que tiendan a la segregación por razones de orientación sexual, lo que determinó, en muchos países, a regular los efectos de las uniones sexuales, equiparándolas a las uniones matrimoniales.

Así, se dictaron leyes permisivas del registro de uniones homosexuales, en Holanda, Bélgica y Canadá, donde el casamiento entre personas del mismo sexo es legal; en Dinamarca y Suecia, las parejas *gays* gozan de los mismos derechos familiares que los heterosexuales en materia de trabajo, pensiones, inmigración y adopción; y en Francia, Noruega e Islandia, se la reconoce, jurídica y legalmente en el terreno social y fiscal; en España, Cataluña y Aragón la ponen casi en el mismo plano, a las parejas homosexuales y las heterosexuales. En Navarra, la equiparación es estatal. En Groenlandia, Irlanda y Alemania, rigen iguales derechos para la unión civil, que para los matrimonios.

La Corte Suprema de Massachusetts, en un histórico fallo, determinó que las autoridades no pueden prohibir los matrimonios entre personas del mismo sexo, lo que podría convertir a ese Estado en el primero en legalizar el casamiento entre homosexuales, cuya prohibición es anticonstitucional porque negar a un individuo las protecciones, beneficios y obligaciones del matrimonio civil sólo porque esa persona quiere casarse con otra del mismo sexo, viola la Constitución de Massachusetts.

Sin embargo, los magistrados no llegaron a conceder licencias de matrimonio a los demandantes, como estos lo reclamaban, pidiendo el máximo tribunal estatal a los legisladores locales una resolución del problema en un plazo de seis meses.

Recientemente, el 4 de febrero de 2004, la Corte de Massachusetts, dictaminó que es legal el casamiento entre homosexuales, al considerar inconstitucional permitirles a los homosexuales celebrar solamente uniones civiles.

En la sentencia los magistrados señalaron que el Estado no puede negar las protecciones, beneficios y obligaciones que un matrimonio civil otorga a dos individuos del mismo sexo que deseen casarse.

Es porque a diferencia del matrimonio las parejas bajo unión civil reciben todos los derechos estatales, pero ninguno de los 1049 derechos federales, que incluyen seguro social, beneficios nupciales (compartir bienes) y beneficios inmigratorios (recibir la nacionalidad norteamericana con el casamiento).

El fallo abre camino para que el matrimonio entre personas del mismo sexo sea reconocido en un territorio de los Estados Unidos y convertirá a Massachusetts en el primer Estado de la Nación en legalizar las uniones entre homosexuales.

Los jueces que permitieron el casamiento entre *gays* y lesbianas indicaron que

un proyecto de ley que permita únicamente la unión civil de homosexuales, pero no el matrimonio, representa un trato discriminatorio, inferior e inconstitucional para las parejas de un mismo sexo.

De esa forma, respondieron a un pedido del Senado de Massachusetts sobre la constitucionalidad de la unión civil de homosexuales, originada a partir de una demanda presentada en 2001 por siete parejas gays, que reclamaron el reconocimiento de mayores derechos.

El vocero de Bush al enterarse del fallo exclamó que el presidente está empeñado en la defensa del matrimonio, entendido como la unión entre un hombre y una mujer.

De hecho, 37 de los 50 Estados han aprovechado leyes para prohibir la unión de homosexuales y grupos religiosos presionan para que el Congreso Federal apruebe una enmienda constitucional en contra de este tipo de uniones.

Los matrimonios entre homosexuales están prohibidos en los Estados Unidos de América. El propio presidente Bush, condenó el fallo, decidido por una estricta mayoría de cuatro votos a favor y tres en contra, y adelantó que hará todo lo posible junto a los dirigentes del Congreso “para defender el carácter sagrado del matrimonio”.

Tras la decisión de Canadá que había adoptado medidas para legalizar los matrimonios de homosexuales, teniendo en cuenta que la Corte Suprema estadounidense había derogado una ley contra la sodomía –la que muchos conservadores dijeron que podía despejar el camino a los matrimonios de homosexuales en el país, ya no a nivel local, sino nacional–, el líder de la mayoría republicana en el Senado, Bill Frist, se mostró a favor, con el apoyo de diferentes dirigentes conservadores, de poner en marcha una enmienda constitucional que estableciera que el matrimonio sólo puede ser conformado entre un hombre y una mujer, moción que fue avalada por el gobernador de Massachusetts, el republicano Mitt Romney.

El Estado de Vermont, no obstante, permite las uniones civiles entre personas del mismo sexo que en esencia garantizan ante la ley la mayor parte de los derechos y beneficios del matrimonio, pero con un nombre diferente.

Resulta innegable que, internacionalmente, en muchos países, han evolucionado las relaciones homosexuales, con motivo de la convivencia estable, permanente, pública, afectiva, solidaria y emocional de la pareja, que puede obtener los beneficios de seguridad social, afiliarse a obras sociales, tener un régimen de pensión y jubilación, de locación, de alimentos, de sociedad y liquidación de bienes, de adopción, de procreación asistida y de derecho sucesorio.

4. Diferencia entre la unión civil y el matrimonio

Ninguna persona, humanamente, podría oponerse a la regulación de un sistema o mecanismo jurídico de protección legal para las parejas de homosexuales, basado en la conquista de planes previsionales y sociales para afiliarse a empresas de medicina prepagas y obras sociales, al derecho conjunto a solicitar créditos, a tomar vacaciones en el mismo período, etc., pues tales protecciones son ínsitas a todo ser humano, sin discriminación alguna.

Pero la solución no debe buscarse, para tales efectos, en la unión civil, pues el casamiento entre personas del mismo sexo constituye un engendro de la naturaleza y un grave atentado a la moral, que no puede compararse al régimen legal de la familia, ni a la unión marital entre hombre y mujer.

No existe ningún fundamento básico para asimilar, falsa o artificialmente o establecer analogías, ni siquiera remotas, a las uniones civiles de homosexuales, con el matrimonio civil, que es materia de regulación de fondo por el Congreso nacional (art. 75, inc. 12, Const. nacional) el que debe dictar el Código Civil y no de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Como consecuencia de la sanción de la ley 1004, se acogieron a sus beneficios muchas parejas formadas por hombres y mujeres del mismo sexo; la primera de ellas estaba compuesta por el presidente de la Comunidad Homosexual Argentina (CHA) y su secretario, quienes se unieron legalmente, con enlace de anillos, en la sede central del Registro Civil porteño.

El ministro de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, doctor Gustavo Beliz, se opuso a la ley, por estimar que vulneraba la Constitución nacional y avanzaba en una cuestión de fondo sobre la organización básica de la sociedad argentina y sus valores fundamentales, lo que exigía un debate a nivel nacional.

El director del Registro Civil de la Ciudad de Buenos Aires, doctor Félix Pelliza, explicó, en su oportunidad, que la unión civil significaba, en el ámbito de la ciudad, reconocer a las parejas los mismos derechos que a los cónyuges. Para el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la unión civil de homosexuales se identificaba, en ciertos derechos, con el matrimonio conyugal legislado por el Código Civil, excluyéndose solamente aquellos derechos que colisionan con los de la familia previstos en el orden nacional. Por ello, estas parejas, no pueden adoptar ni heredarse mutuamente.

5. Legislación y jurisprudencia extranjera

Algunos Estados equiparan la vida en común de dos personas del mismo sexo, al matrimonio legal, aunque de modo incompleto; en otros, que son la mayor parte, se asimila la unión de hecho de homosexuales, a las relaciones heterosexuales estables sin vínculo matrimonial, sólo en lo que respecta a un número limitado de derechos o que no es objeto de ningún reconocimiento específico.

Así lo resolvió el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en pleno, por sentencia del 17 de febrero de 1998, en el caso C-249/96, caratulado: "Grant, Lisa J. c/South West Trains Ltd." de Luxemburgo.

La demandante consideró, sobre la base de ciertas normas de derecho nacional y de convenciones internacionales, que las disposiciones comunitarias en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres, debían interpretarse en el sentido de abarcar las discriminaciones apoyadas en la orientación sexual. Hizo mención al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1996, en el que se estableció, según dictamen del Comité de Derechos Humanos, que el concepto de sexo se referiría también a las preferencias sexuales.

La acción la había entablado para que su empleador le concediera una reduc-

ción en el costo del transporte en favor de la persona del mismo sexo con la que mantiene una relación estable, cuando tal beneficio se concede a favor del cónyuge del trabajador o de la persona con distinto sexo con la que se mantiene una relación estable, sin vínculo matrimonial, por no constituir discriminación prohibida por el art. 119 del Tratado o por la directiva 75/177.

La Comisión Europea de Derechos Humanos estimó que, a pesar de la evolución contemporánea de las mentalidades en cuanto a la homosexualidad, las relaciones duraderas no están comprendidas en el ámbito del derecho al respeto de la vida familiar, protegido por el art. 8º de la Convención; que las disposiciones nacionales para la protección de la familia dan un trato más favorable a las personas casadas y a las de distinto sexo que conviven como marido y mujer, que las que dispensan a las personas del mismo sexo que mantienen relaciones permanentes no siendo contrarias al art. 14 de la Convención que prohíbe las discriminaciones por razón de sexo.

En un contexto diferente, la Corte Europea de Derechos Humanos interpretó que el art. 12 de la Convención se refiere únicamente al matrimonio tradicional entre dos personas de sexo biológico distinto.

Se infiere, en consecuencia, de la normativa internacional, que las relaciones estables entre dos personas del mismo sexo no se equiparan a las relaciones entre personas casadas o a las uniones estables sin vínculo matrimonial entre personas de diferente sexo.

El Tribunal de Justicia entendió que si bien el respeto de los derechos fundamentales que formaban parte de dichos principios generales constituía un requisito para la legalidad de los actos comunitarios, esos derechos no podían, por sí mismos, producir el efecto de ampliar el ámbito de aplicación de las disposiciones del Tratado más allá de las competencias de la comunidad; que el Comité no era un órgano jurisdiccional, cuyas opiniones carecían de valor jurídico vinculante; por lo tanto, una observación de este tipo, no parecía reflejar la interpretación admitida del concepto de discriminación por razón de sexo, por lo cual no se podía llevar al tribunal a dar mayor amplitud al alcance del art. 119 del Tratado, por lo que decidió no aplicar el derecho comunitario a una discriminación basada en la orientación sexual.

6. La discriminación

Justamente el argumento de la discriminación es el sostenido por algunos juristas para defender la unión civil de homosexuales; sin embargo, la discriminación no se da, pues sólo se discrimina entre iguales, entre situaciones idénticas, no cuando el ordenamiento jurídico positivo exige que los contrayentes de un matrimonio deben ser hombre y mujer, es decir, de sexo masculino y femenino, que constituye la familia originaria y legítima, a la que se le otorga protección legal por reconocer una realidad natural, no asimilable a la unión entre personas del mismo sexo, sean hombres o mujeres; es evidente, entonces, que no se aplica un criterio diferenciado, un desigual trato en cuanto al reconocimiento de derechos y consideración social.

Una cuestión gramatical y técnica es que no se puede hacer referencia a una unión marital porque este adjetivo es sinónimo de conyugal y este último alude a los cónyuges, es decir, al caso en que se haya celebrado un matrimonio.

Las personas del mismo sexo no pueden celebrar un matrimonio válido, ya que el Código Civil (ley 23.515) requiere para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por “hombre” y “mujer” y el art. 166, inc. 5° exige que la “mujer” tenga más de dieciséis años para poder contraer matrimonio.

La ley que permite el casamiento entre personas del mismo sexo es inconstitucional, porque va contra los fines objetivos del matrimonio civil, que son: la procreación, la crianza y la educación de los hijos; además, contra los instrumentos internacionales que reservan el derecho al matrimonio a las personas de diferente sexo y el derecho de protección al niño, porque permitir el matrimonio homosexual puede conllevar a otorgar el derecho a la adopción y el acceso a las técnicas de la fecundación asistida, y esto atenta contra el interés superior del menor.

Por más que la unión de hecho o de derecho homosexual tiene los caracteres positivos de cohabitación, singularidad, estabilidad y publicidad, creando a sus integrantes deberes interpersonales, participa, también, de caracteres negativos que no la asimilan a la unión matrimonial; p.ej., como se puso de manifiesto precedentemente, la inexistencia de impedimentos por el parentesco, la imposibilidad para educar hijos con los roles diversificados de hombre y mujer, la ineptitud para la continuación de la especie y para la transmisión a la posteridad de valores culturales tradicionales.

Algunos autores, en la materia, admiten la preferencia del Estado por la unión matrimonial del hombre y la mujer sobre la unión homosexual, por tener aquélla fundamentos razonables, que la justifican jurídicamente e impiden que la distinción sea calificada de discriminatoria, porque ésta debe ser arbitraria.

En la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación encontramos que “La igualdad ante la ley significa que no se deben conceder excepciones o privilegios que excluyan a unos de los que se otorgan en igualdad de condiciones a otros”¹.

Desde el punto de vista del derecho y del respeto a la intimidad que tienen las parejas homosexuales, ello no es suficiente para otorgarles el derecho a casarse, porque no pueden cumplir, igualmente, con los fines específicos del matrimonio.

En el art. 11 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires se reconoce y se garantiza, luego de considerar que todas las personas tienen idéntica dignidad y que son iguales ante la ley, el derecho a ser diferente, no admitiéndose discriminaciones que tiendan a la segregación por razones o con pretexto de orientación sexual o cualquier circunstancia que implique distinción, exclusión, restricción o menoscabo.

La ciudad promueve la remoción de los obstáculos de cualquier orden que, limitando de hecho la igualdad y la libertad, impidan el pleno desarrollo de la persona y la efectiva participación en la vida social de la comunidad.

La norma pauta el derecho a ser diferente por considerarlo como una variable necesaria en una sociedad adulta y tolerante, razón por la cual no se admitirán las discriminaciones que tiendan a la segregación por razones de orientación sexual. La antidiscriminación establece una ampliación nominal en comparación con los supuestos de prohibición de discriminación enunciados en el Pacto de San José de Costa Rica, en el que no se menciona la orientación sexual.

¹ Fallos, 108:112.

El principio de que todas las personas tienen idéntica dignidad y son iguales a la ley, sólo reserva la igualdad real de oportunidades, posibilidades y trato entre varones y mujeres en el acceso y goce de los derechos civiles, para que el Estado actúe comparando situaciones de irrazonable desigualdad, paleando arbitrarias discriminaciones, previniendo o corrigiendo disparidades.

En definitiva, la unión civil homosexual sancionada como legal por la Legislatura del Gobierno Autónomo de la Ciudad de Buenos Aires, quiso reconocer para la mayoría de los legisladores, una realidad social, derivada de una cohabitación estable y pública, la que se debía respetar, porque era el resultado de la libre determinación de personas capaces que adoptan una forma de vida privada para tener, aparte del afecto, seguridad social y régimen previsional, no verse perseguidos por el derecho y ser diferenciados de las uniones heterosexuales.

7. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

La ley de uniones civiles de homosexuales se contradice en la letra y en el espíritu con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la República Argentina, según ley 23.313, juntamente con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En efecto, el art. 23 del Pacto, reconoce que: a) la “familia” es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado; b) se reconoce el derecho del “hombre” y de la “mujer” a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello; c) el matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes, y d) los Estados partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.

8. La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

La propia Constitución de la Ciudad de Buenos Aires colisiona con la protección que la ley 1004 da a la unión homosexual. Así, en el art. 37, luego de reconocer los derechos reproductivos y sexuales, libres de coerción y violencia, como derechos humanos básicos, especialmente a decidir responsablemente sobre la procreación, el número de hijos y el intervalo entre sus nacimientos, garantiza la igualdad de derechos y responsabilidades de “mujeres” y “varones” como progenitores y se promueve la protección integral de la familia.

Y en el art. 41, al garantizar la ciudad a las personas mayores la igualdad de oportunidades, trato y el pleno goce de sus derechos, velar por su protección y por su integración económica y socio cultural, promoviendo la potencialidad de sus habilidades y experiencias, desarrollando políticas sociales que atiendan a sus necesidades específicas, y eleven su calidad de vida, amparándolas frente a situaciones de desprotección, brindando adecuado apoyo al “grupo familiar” para su cuidado, protección, seguridad y subsistencia, promoviendo alternativas a la institucionalización.

9. Concepto de familia. Opinión de Mazzinghi

En estos conceptos y los precedentes, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires consagra la protección integral de la familia, como también la establece el art. 14 *bis* de la Const. nacional.

El concepto de “familia” es la reunión de los padres, los hijos, los hermanos y los parientes; los que tienen la misma sangre; la “familia” es una sociedad parental religiosa, moral y civilmente; es la semilla y fundamento de la sociedad económica y política; la “familia” doméstica es unión, deber, creencia; la “familia” humana es como la patria a la familia política, como la humanidad entera a la “familia” grande; la “familia” es la hospitalidad del presente y del futuro.

El hombre no vive aislado, sino en el seno de la “familia”; el derecho de familia consagra las relaciones íntimas, los lazos más intensos que lo unen a sus semejantes; del derecho, primero en sí, se ha tomado al sujeto; luego a la “familia” porque normalmente el hombre nace, se desarrolla y muere en “familia”.

El doctor Mazzinghi narra el caso de un hombre, quien mantiene con otro una relación homosexual estable, solicitando que se certifique su condición de concubino para obtener, a través de su presentación judicial, los beneficios que le acuerda la obra social del Ministerio de Economía, en el cual presta funciones el otro implicado en la relación².

La jueza interviniente hizo lugar al beneficio, por no haber posibilidad de excluir de la caracterización de convivientes, a los efectos de obtener la cobertura de la misma obra social de la que era titular un miembro de una unión de homosexuales, quienes se procuraban ostensible trato familiar, ya que cualquier diferenciación originada en la igualdad de sexos de los convivientes significaría una discriminación prohibida de la misma, caracterización otorgada a los compañeros de parejas homosexuales, toda vez que la ley de obras sociales no ha pensado en otorgar el beneficio al conviviente por razón de los hijos, sino con la clara abstracción de la existencia de éstos.

Asimismo, consideró que distinguir sobre el carácter de homosexual o heterosexual de una pareja de convivientes a los efectos de obtener la cobertura constituiría una discriminación basada directamente en el sexo y ni siquiera en el discutido concepto de la tendencia sexual, fuera de que la discriminación por razones sexuales que prohíben los tratados internacionales de derechos humanos en cuanto a las leyes internas de los países, no pueden sino incluir en ella el concepto tanto de identidad sexual, cuando el de orientación a prácticas sexuales. Una interpretación limitada a la palabra empleada (sexo) resultaba absurdamente literal y exegética, desprovista del mínimo contenido contextual, histórico, cultural y sistemático de los derechos humanos reconocidos en el estado actual de la evolución de la comunidad universal.

Respecto de la definición de lo que era una familia basada sólo en la capacidad entendió la magistrada, que aunque sea abstracta de procreación, de asistencia y socialización de la prole, dejaban de lado importantes aspectos de las relaciones familiares con falta de objetividad. Ello así, pues si la ayuda material y afectiva en el

² Mazzinghi, Jorge, *Ley borrosa e interpretación disolvente*, ED, 180-247.

seno de la convivencia para asegurar la vigencia de los derechos fundamentales para cada integrante del grupo familiar, es lo que caracteriza a la vida familiar, funcionalmente no puede haber por ello diferencia alguna entre la unión matrimonial o la unión de hecho heterosexual u homosexual.

Mazzinghi señala que el art. 9° de la ley 23.660 de las obras sociales, determina a quienes se extienden los beneficios que tales entidades procuran: a) los grupos familiares primarios, integrados por el cónyuge del afiliado, los hijos menores no emancipados, los mayores hasta veinticinco años que cursen estudios y estén a cargo de su progenitor, los incapacitados, los hijos del cónyuge y los menores cuya guarda judicial o tutela ejerza, y b) otros ascendientes o descendientes por consanguinidad del beneficiario, que se encuentren a su cargo.

Y como en el primer inciso no menciona descendientes y sólo alude a descendientes en primer grado, parece que el “otros” empleado por el texto, alude a personas que se ha querido incluir en el inciso segundo.

Lamenta el autor que el legislador, en vez de haber sido claro, haya creado un pequeño engendro a través del cual se permite alcanzar el beneficio a quienes “convivan con el afiliado titular y reciban del mismo ostensible trato familiar”.

Esta definición abre una puerta para que los beneficios sociales se extiendan a los concubinos como lo hace en forma expresa la ley 23.570. En consecuencia, se observa que la política legislativa tiende a extender los beneficios que provienen del matrimonio a quienes viven en concubinato, equiparándolos, sin reparar en el carácter moral de los vínculos que dan sustento jurídico y legitimidad social a tales hechos.

Al analizar los fundamentos del fallo éste se desencuentra con lo que la doctrina clásica, fiel a la idea de que el concubinato es la “comunicación o trato de un hombre con su concubina” y concubina es la “manceba o mujer que vive y cohabita con un hombre como si este fuera su marido”. La condición heterosexual es insoslayable para que pueda hablarse de concubinato.

La juzgadora dice que “no habría problema alguno en admitir que desde el punto de vista del derecho de familia, existe una convención generalizada en los ámbitos académicos y jurisprudenciales, en cuanto ha señalar como concubinato a la unión sexual de un hombre y una mujer, sin negar que puedan darse uniones entre personas del mismo sexo”.

Mazzinghi apuntó que el principio de no contradicción se oponía a tamaño desvarío.

En su sentencia, la jueza, para reconocer al tercero los beneficios sociales, argumentó la existencia de una exigencia doble en la norma: a) convivencia con el titular, y b) ostensible trato familiar.

Respecto de este último apartado sostiene el articulista que no se puede hablar de “trato familiar” entre los homosexuales convivientes, porque se dejan de lado las relaciones familiares, con falta de objetividad, no es posible identificar la familia con la unión de varón y mujer destinada a tener hijos y educarlos, ni definir a la familia, según la magistrada, como convivencia orientada por el principio de solidaridad en función de afectividades y lazos emocionales conjuntos.

Afirmar que la relación entre dos homosexuales puede actualizar el concepto de familia es tanto como negar que la familia exista, diluyéndola en una idea que sólo puede ser esgrimida en homenaje al caos.

Concluye Mazzinghi afirmando que el concepto de familia sostenido por la sentenciante erige en fuente de derechos a una relación aberrante, contraria al orden de la naturaleza y a la moral, divorciada del fin propio de la sexualidad, que es la conservación de la especie.

10. El protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

El protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su art. 23, alude a la “familia” como el elemento fundamental de la sociedad que tiene derecho a la protección de la misma y del Estado, reconociendo el derecho del “hombre” y de la “mujer”, o contraer matrimonio y a fundarla.

Este tan valioso instrumento internacional tiende a asegurar el mejor logro de los propósitos perseguidos en los considerandos de su Preámbulo, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas: la libertad, la justicia y la paz, cuando tiene por base el reconocimiento de la dignidad, inherente a todos los miembros de la “familia humana” (hombre y mujer) y de sus derechos iguales e inalienables.

Ahora bien, el Pacto ¿obliga a los Estados a regular el casamiento entre homosexuales?

Para el Comité de Derechos Humanos (art. 28, inc. 1º) la respuesta por la negativa resulta indudable. El art. 23 trata expresamente el tema matrimonial, y, en tal sentido, el inc. 2º del citado precepto es la única disposición sustantiva en la que se define un derecho, utilizando los términos “hombre” y “mujer”, en lugar de “todo ser humano”, “todos” o “todas las personas”, por lo que se reconoce únicamente al matrimonio como una unión entre personas de diferente sexo.

Los objetivos del Pacto exigen que el concepto de “familia” sea interpretado con un criterio amplio, que incluyen a todas las personas que la componen, y con un criterio restringido para los individuos de un mismo sexo que vivan juntos y deseen contraer nupcias.

Un Estado parte en el Pacto no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado (art. 27, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados) pues resulta inaceptable que un Estado dé prioridad a la aplicación de su derecho interno por encima de las obligaciones contraídas con motivo de la aplicación del Pacto, ya que los derechos enunciados en él, constituyen las normas mínimas que todos los Estados partes han convenido en observar, entre ellas, la de adecuar su ordenamiento jurídico interno a las normas internacionales de protección de esos derechos.

11. Legislación argentina. El Código Civil

La República Argentina, tanto en el orden nacional, provincial o local, no puede,

frente a las disposiciones contenidas en ese pacto, sancionar una ley, como la que sancionó la Legislatura del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires estableciendo en su ámbito, el Estatuto de la Unión Civil de Homosexuales, porque contraría lo dispuesto en los arts. 31 y 75, inc. 22 de la Const. nacional y específicamente, en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el art. 10, que dispone que rigen todos los derechos, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, las leyes de la Nación y los tratados internacionales ratificados y que se ratifiquen.

La Constitución nacional ha previsto, de un modo abstracto, la legislación general relativa al funcionamiento de los poderes del Gobierno de la Nación y concretamente ha expresado en el capítulo referido a las “Declaraciones, derechos y garantías” y en la enunciación de las atribuciones que corresponden al Poder Legislativo, la de dictar el Código Civil, cuerpo de fondo de leyes, de decretos leyes y disposiciones reglamentarias, en el que se legisla sobre el matrimonio civil entre el “hombre” y la “mujer” (ley 2393 y concordantes).

La facultad de dictar el Código Civil, acordada al Gobierno federal, es de carácter excepcional y no puede ser extendida más allá de los propias atribuciones del Poder Legislativo y legisla el derecho civil o derecho privado común, que organiza la “familia” inherente al “hombre” y a la “mujer”, la propiedad, el derecho de sucesión, los contratos, las obligaciones, etc., porque es una obra de disposiciones referentes a una rama especial del derecho, para unificarlo.

El art. 17 del Cód. Civil dispone que: “Los usos y costumbres no pueden crear derechos sino cuando las leyes se refieran a ellos o en situaciones no regladas legalmente”.

A su vez el art. 18 preceptúa: “Los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor, si la ley no designa otro efecto para el caso de contravención”.

Y el art. 21 señala: “Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observación estén interesados el orden público y las buenas costumbres”.

Lo expuesto autoriza a pensar que el codificador, en todo lo que se relaciona con la organización del matrimonio y la sociedad conyugal, no dejó de tener en cuenta, para nada, los usos y costumbres del país.

En materia de sociedad conyugal, Vélez Sársfield, en su nota al art. 1217, expresó, categóricamente, que la legislación proyectada, reposaba, esencialmente, sobre las costumbres del país; dentro de este orden de ideas, consagraba un régimen único, llamado “sociedad conyugal”, porque en las costumbres de aquella época, la celebración de contratos matrimoniales era completamente desconocida; en 1926 el Código Civil fue modificado también sobre este punto, pero cuando el Código se sancionó por ley 340, el 25 de septiembre de 1869, para regir a partir del 1° de enero de 1871, el matrimonio religioso estaba indudablemente, profundamente arraigado en las costumbres del país.

Por más adelantado que el Código Civil fue, no podía escapar, sin embargo, a la necesidad de ser reformado y completado, a medida que las necesidades sociales y económicas lo exigían. Debemos, en este sentido, recordar una serie de leyes, sucesivamente dictadas, hasta nuestros días con ese objeto.

Desde luego, el Código Civil dejó al matrimonio regido por las leyes de la Iglesia; su celebración y la conservación de las actas respectivas, eran confiados también a los sacerdotes. La ley 2393, del 2 de noviembre de 1888, vigente desde el 1° de diciembre de 1899, lo modificó fundamentalmente: por una parte, estableció una legislación directa sobre el matrimonio; por otra confió su celebración y la conservación de las actas al Registro Civil; en pocas palabras, secularizó el matrimonio. La ley 3989, de fecha 3 de junio de 1901, dispuso en los territorios nacionales la celebración del matrimonio ante funcionarios llamados comisionados con funciones iguales a los jefes del Registro Civil.

En todo lo que se relacionó con la organización del matrimonio y la sociedad conyugal tenemos en el Código pruebas evidentes de que el codificador, al consagrar el matrimonio religioso, no fue, seguramente, porque Vélez Sársfield desconociera el carácter civil de esta institución, sino, como lo dice en su nota al art. 167, porque para las personas católicas, el matrimonio civil “sería un perpetuo concubinato, condenado por su religión y por las costumbres del país”.

La reforma sobre el matrimonio demostró que, bajo este aspecto, o bien el Código Civil no estaba en armonía con las ideas de la sociedad argentina de 1870 o bien estas ideas se transformaron en el corto período de veinte años, cosa perfectamente explicable como consecuencia de la inmigración extranjera; la consagración del matrimonio religioso como única forma legal fue reemplazado en 1889 por el matrimonio civil.

Estos antecedentes, a los cuales podrían agregarse algunos otros, autorizan la conclusión de que los usos y costumbres del país, han servido, no sólo a sus instituciones, sino también a las disposiciones del Código Civil, y aunque lo hayan sido en una medida más o menos limitada, lo fue en forma perfectamente justificada.

El Código Civil es un cuerpo de leyes destinado a regir en nuestra sociedad, a ejercer en ella una influencia considerable y a encauzar las relaciones jurídicas entre las personas. Debe estar, constantemente, de acuerdo con las tendencias y modos de ser de la sociedad, que no atenten contra las buenas costumbres y la moral. Es considerado como la ley más importante que rige nuestros derechos, obligaciones y conflictos, siendo el monumento principal de nuestra legislación positiva en materia civil.

12. El derecho procesal civil

De otra parte, en el ámbito del derecho procesal civil, habrá de precisarse la competencia del tribunal que conocerá de las cuestiones que se susciten con motivo de la unión civil de homosexuales, si corresponde al juez de familia o al juez patrimonial, en la materia de los reclamos alimentarios o la disolución de la unión civil.

13. El derecho penal

En la esfera del derecho penal, supuesto un caso de homicidio o lesiones entre homosexuales unidos civilmente, si la justicia criminal interpretara que la unión civil tiene un vínculo o estado de familia semejante al estado matrimonial, en caso de

condena de alguno de los homosexuales, correspondería aplicar la agravante de pena contenida en los arts. 80, inc. 1º, y 92 del Código Penal (el que matare a su cónyuge con conocimiento de la relación de parentesco o al que causare a su cónyuge en el cuerpo o en la salud un daño, sabiendo que lo es).

Ello sería por una interpretación judicial extensiva, que podría dar lugar a la aplicación de la figura calificada agravada, si se considera que para el ejercicio de los derechos, obligaciones y beneficios que les otorga la ley 1004, los integrantes de una unión civil homosexual se encuentran unidos por un vínculo respecto del cual tienen un tratamiento similar al de los cónyuges.

Una interpretación judicial restringida acerca del vínculo que genera la unión civil homosexual, no aplicaría la agravante de parentesco que califica al homicidio y a las lesiones leves, graves o gravísimas porque el matrimonio sólo puede ser celebrado por personas de diferente sexo y el derecho a casarse protegido por la Constitución nacional, las leyes y los tratados internacionales, no puede ser extendido a personas del mismo sexo.

Igualmente no correspondería la calificante en el caso que la justicia civil o penal declarara la nulidad absoluta o la inconstitucionalidad de la ley 1004, porque en esos casos, al caducar ésta por efecto de la invalidación, la calificación a adoptar sería la de homicidio o lesiones simples.

De todos modos, se entiende que cuando fue sancionado el Código Penal en el año 1921, el concepto de “cónyuge” era aplicable sólo al “hombre” o a la “mujer”.

Por igual limitación no corresponde la aplicación de los agravantes contenidos en los arts. 125 y 125 *bis* del Cód. Penal (corrupción o prostitución de la cónyuge), el art. 127 *bis* (entrada o salida del país de la cónyuge para ejercer la prostitución), en los delitos contra la integridad sexual (art. 119 y ss.) y en las excusas absolutorias del art. 185 para eximir de responsabilidad criminal a los cónyuges, por los hurtos, defraudaciones o daños que recíprocamente se causaron y el consorte viudo, respecto de las cosas de la pertenencia de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado a poder de otro.

En el delito de encubrimiento (art. 277) están exentos de responsabilidad criminal los que hubieran obrado en favor del cónyuge.

Sí, sería de aplicación la excusa absolutoria para la pareja homosexual porque también están exentos de responsabilidad criminal en la norma, los que hubiesen obrado en favor de un amigo íntimo o persona a la que se debiese especial gratitud, situación que puede contemplarse como una circunstancia comprendida en la apariencia de matrimonio entre el encubridor y el autor del delito.

14. Derechos humanos

El derecho a casarse es un derecho humano básico y fundamental que tutelan las leyes de la República Argentina y los instrumentos internacionales, pero no puede extenderse a las personas de igual sexo. Tradicionalmente, ha de entenderse que las leyes y los tratados hacen referencia a la relación parental nacida de la unión de hombre y mujer y no a la relación asociativa homosexual, por más solidaria, estable y pública que sea.

Hay que respetar la esencia natural del matrimonio, que es la institución intersexual monogámica única para constituir una familia legítima para perpetuar la especie y la educación de los hijos, precedida de sobradas razones que avalan su existencia, de orden histórico, religioso, sociológico, cultural, demográfico, económico y de bien común.

Con la reforma de la Constitución nacional, operada en 1994, los tratados internacionales sobre derechos humanos, enumerados en el art. 75, inc. 22 de la ley fundamental, revisten jerarquía constitucional; por lo tanto, debe aplicarse el principio *pro homini* y el principio por el cual las normas con jerarquía constitucional no se contradicen, ni se neutralizan entre sí.

Al respecto, debe aplicarse la norma más amplia y estarse a la interpretación extensiva cuando se trate de reconocer o consagrar un derecho, y por el contrario, aplicar la norma y la interpretación más restringida cuando se trate de limitarlo y cuando ninguna de las disposiciones de los tratados sobre derechos humanos autoricen a limitar o coartar el goce y ejercicio de cualquier otro derecho o libertad ya reconocido por otra norma internacional o nacional vigente.

La comunidad internacional reconoce la existencia de los derechos humanos que consagran las declaraciones, convenciones, tratados y pactos; que al decir de la resolución de Santiago de Compostela del 13 de octubre de 1989 son “la expresión directa de la dignidad de la persona humana, son una obligación *erga omnes*, incumbe a todo Estado, a toda la comunidad internacional en su conjunto, interesados jurídicamente en la protección de los derechos del hombre”.

El párr. 3° del Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos expresa que “los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”.

La sociedad internacional, al reconocer la existencia de los derechos humanos, determina la obligación de los Estados a no vulnerar ni obstaculizar el pleno goce y ejercicio de los mismos, en aras del bien común y a garantizar a los habitantes de los territorios su vigencia, en tanto y en cuanto, por su jerarquía constitucional, los derechos, libertades y garantías que promueven, tienen presunción de operatividad.

Así es que, muchas normas internas han devenido inconstitucionales o bien han quedado virtualmente derogados, en razón de contradecirse sus disposiciones con las de estos tratados.

15. La Iglesia Católica. El artículo 19 de la Constitución nacional

La Santa Sede, en un documento de la congregación para la doctrina de la fe, La Pastoral, difundido en Roma, señaló que los hombres y mujeres con tendencias homosexuales “deben ser acogidos con respeto, compasión y delicadeza” y evitarse, respecto de ellos, todo signo de discriminación injusta.

La Iglesia Católica, no obstante, no aprueba los comportamientos homosexuales, a los que considera moralmente malos e intrínsecamente desordenados, no con-

formes con el plan de Dios; advierte que no existe fundamento alguno para asimilar o establecer analogías, ni siquiera remotas entre las uniones homosexuales y el designio de Dios sobre el matrimonio y la familia, ni ese respeto puede llevar a la legalización de tales uniones que, como se ha dicho, contrarían la ley moral.

Al quedar asegurada en el país, la libertad de cultos, que fue una de las conquistas sociales más caras para el hombre, se fomentó el arraigo del sentimiento religioso máspreciado en todo ser humano. Al respecto, señala Lieber “ningún sistema de libertad puede considerarse completo si no contiene garantías para el ejercicio de este derecho”.

La garantía constitucional de la libertad de culto descansa en la tolerancia de todos, pero no impide que la religión católica disfrute de un régimen de excepción y privilegio consagrado en el art. 2º, al establecer que el Gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano. En su estructura general, la Constitución Argentina, fue redactada bajo el supuesto de adoptar como religión oficial del Estado la religión católica.

La religión apostólica romana está protegida por el Estado dentro de la más amplia libertad de cultos y si bien hace recaer sobre el mismo la carga del sostenimiento del culto, coloca a las dignidades eclesiásticas bajo la autoridad de éste y las convierte en funcionarios de la Nación.

Los constituyentes argentinos, en 1853, y en la reforma de 1994 de la Constitución nacional, debieron conciliar dos circunstancias fundamentales: la difusión del culto católico, que era el de la mayoría de la población, impuesto por la tradición colonial y la necesidad de asegurar la libertad de creencias reclamada por el espíritu liberal de la Carta Magna y de fomentar la inmigración.

Adoptaron, pues, un sistema compatible con ambas posiciones: crearon una situación privilegiada a favor de la Iglesia Católica, pero reconocieron a los habitantes el derecho de profesar libremente cualquier culto.

Cuatro disposiciones de la ley fundamental en 1853 aseguraban la preeminencia del culto católico, las que determinaban el verdadero sentido de la frase “invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia”, en el Preámbulo:

a) El art. 2º, por el cual se establecía que “el Gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano”;

b) El art. 67, inc. 5º, que asignaba al Congreso la obligación de “promover la conversión de los indios al catolicismo”;

c) El art. 76 por el cual se disponía que “para ser elegido presidente o vicepresidente de la Nación, se requiere pertenecer a la comunión católica apostólica romana”;

d) El art. 80 que imponía a los funcionarios la obligación de jurar, al tomar posesión de su cargo, “por Dios Nuestro Señor y estos Santos Evangelios” y de desempeñarlos bien y fielmente, agregándose al final: “Si así no lo hiciere, Dios y la Nación me lo demanden”.

Si bien estos tres últimos artículos han sido reformados por la Constitución de 1994, suprimiéndose la obligación del Congreso de convertir los indios al catolicismo, el requisito de pertenecer a la comunión católica apostólica romana para poder

ser elegido presidente y vicepresidente de la Nación y el juramento por Dios y los Santos Evangelios para asumir los cargos, reemplazándose el texto por las fórmulas “de desempeñar con lealtad y patriotismo el cargo de” (art. 93, Const. nacional) y “si así no lo hiciera, la Patria me lo demande”.

La religión oficial, continuó en vigencia; para no perturbar a los habitantes del país su tradición, su fe, su intimidad espiritual, sus sentimientos, sus creencias y convicciones sumamente arraigadas desde los albores de la independencia de la Patria del coloniaje español.

Asimismo, como consecuencia de esta oficialización del sostenimiento del culto católico apostólico romano, la Constitución reconoció al Gobierno federal el derecho de patronato, como expresión ineludible de soberanía. Consistía en la facultad de nombrar directamente o con intervención del Papa, a las personas que deben ocupar las dignidades eclesiásticas y controla el pase de los decretos de los concilios y de las bulas, breves y rescriptos del Sumo Pontífice.

Es decir, el gobierno controla la aplicación de las órdenes y la vigencia de la legislación eclesiástica que las autoridades supremas de la Iglesia Católica dictan e imponen a sus fieles de cualquier país, en el ejercicio de un poder espiritual reconocido y aceptado por los respectivos gobiernos. Eso no lo hace con las demás religiones que no sostiene.

La tradición católica de nuestros sucesivos gobiernos fue inspirada por Alberdi, en su proyecto de Constitución, que sirvió de base y punto de partida a la de 1853, que decía en su art. 3° “la Confederación adopta y sostiene el culto católico y garantiza la libertad de los demás”.

Esa era la actitud asumida por los gobiernos argentinos hasta aquel momento (Estatuto Provisional de 1815 y Constitución de 1819) que las provincias reiteraron de un modo uniforme y que se adoptó, también, en las reformas de 1960, 1866, 1898, 1957 y 1994.

El Congreso Constituyente de 1853 redactó el art. 2° de la Constitución tal como hoy rige: “El gobierno Federal sostiene el culto apostólico romano”. Los constituyentes Gorostiaga, Seguí y el sacerdote Lavaisie lo sostuvieron y triunfaron. Reconocían que la mayor parte de la población era católica.

El derecho de profesar libremente el culto y la inviolabilidad de la conciencia están amparados por el art. 19: “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. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”. Este artículo sirve de norma fundamental a las restricciones al ejercicio del derecho de culto.

16. Los derechos individuales. El poder de policía

Esa declaración o norma fundamental, que es asimismo una limitación al poder público constituye el cimiento ético jurídico en que se asienta la República democrática. Sin ella, no es posible un concepto claro de la libertad. En ella adquiere sentido cada uno de los derechos individuales y en ella se fija su verdadero alcance respec-

to a la autoridad ejercida por los tres poderes del Gobierno federal.

En esa forma quedó consagrada la libertad personal o civil que, siguiendo a Joaquín V. González, se puede definir como “La potestad que tiene todo hombre para pensar, querer y ejecutar todo lo que es de su voluntad, dentro de los límites impuestos por la Constitución y la ley, sin reconocer voluntad alguna superior”.

La Constitución nacional no ha consagrado una libertad absoluta, pues ésta sería incompatible con las necesidades de la convivencia social. Sólo ha indicado los límites dentro de las cuales puede disfrutarse, a saber: el orden y la moral pública y los derechos de terceros.

El derecho de cada individuo está limitado por un derecho igual de los demás, y por el interés de la comunidad e interés colectivo o social que se expresa por medio de la ley. Existe, pues, un deber correlativo a cada derecho e impuesto al individuo por la convivencia social. Es un deber de interdependencia o solidaridad que tiene aplicación jurídica, impidiendo el abuso. El respeto a la ley de parte principalísima de este deber de disciplina social, sin cuyo cumplimiento no puede existir el Estado ni la nacionalidad.

La facultad de fijar los límites a los derechos individuales de los habitantes de la Nación en los distintos órdenes de la actividad humana, en general, corresponde al ejercicio del Gobierno federal, mediante el poder de policía, que es la atribución administrativa, reconocida a los poderes públicos, de reglamentar el ejercicio de los derechos individuales.

Tratadistas de la talla del profesor Otto Mayer, jurista del imperio alemán de tipo prusiano, señaló: “La policía, como toda actividad administrativa, está sometida a las condiciones del Estado constitucional y a los principios del régimen de derecho”.

Es el poder que debe usar el Estado de derecho como deber inexcusable de la protección del orden público, porque toda facultad de carácter discrecional es por su naturaleza, antisocial y antijurídica. El ejercicio de la autoridad debe mantenerse estrictamente, dentro de un ámbito fijado de antemano por la Constitución y por la ley. Sólo ésta puede obligar a las personas a hacer determinadas cosas o privarlas de hacer lo que ellas deseen. Y los derechos individuales pueden ser reglamentados por ley, sin alterar su esencia.

Se llama “poder de policía” a la atribución administrativa reconocida a los poderes públicos, de reglamentar su ejercicio de los derechos individuales. Lo ejerce, en primer término, el Poder Legislativo, al reglamentar la Constitución (arts. 14 y 28) y, en segundo término, el Ejecutivo al reglamentar las leyes (art. 86, inc. 2º) para su ejecución, “cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias”.

En sus arts. 14 y 20, la Constitución Argentina enumera los derechos individuales que forman la libertad, y de los cuales gozan los habitantes de la Nación conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio. Pero hay otros derechos implícitos no enumerados aunque de igual naturaleza. Por eso dice el art. 33: “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

Los derechos que forman la libertad civil (arts. 14 y 20) son, entre otros, el de casarse conforme a las leyes, que deben regular el carácter que les ha impreso la

Constitución. El respeto a la ley es parte principalísima de este deber de disciplina social, sin cuyo cumplimiento no pueden existir el Estado ni la nacionalidad.

Es que el derecho de cada individuo está limitado por un derecho igual de los demás y por el interés de la comunidad; interés colectivo o social que se expresa por medio de la ley.

Existe, pues, un deber correlativo a cada derecho e impuesto al individuo por la convivencia social.

17. Jurisdicción federal y local. Ley 24.588 de garantía

El art. 75, inc. 12, de la Constitución nacional reserva la aplicación de los códigos de fondo a los tribunales federales o provinciales según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones, omitiendo toda referencia a una jurisdicción propia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, lo que impone la intervención legislativa en los asuntos en los que tiene atribución el Congreso nacional (art. 6°, ley 24.588).

Esta ley reglamentó los poderes reservados al Gobierno nacional con relación a la Ciudad de Buenos Aires, en tanto sea Capital Federal, y determinó que la *city* porteña tiene sólo facultades propias de jurisdicción en materia de vecindad contravencional, de faltas, contenciosoadministrativa y tributaria locales (arts. 7° y 8°). También la Nación se reserva todo el poder no atribuido por la Constitución al Gobierno Autónomo de la Ciudad de Buenos Aires (art. 2°).

La ley de garantía de los intereses del Estado nacional restringió, entonces, la autonomía de la Ciudad, particularmente, al reservarle al Estado nacional la jurisdicción ordinariamente al tiempo de su sanción, y la Convención Constituyente de la Ciudad de Buenos Aires desconoció, inicialmente, los límites impuestos por las leyes “Cafiero” y “Snopek” que sobrepasaron el art. 129 de la Const. nacional y sancionó el 1° de octubre de 1996 una Constitución como Estatuto Organizativo de la Ciudad de Buenos Aires a la que calificó también como “Ciudad Autónoma” (art. 2°) o “Estado de la Ciudad Autónoma” (art. 7°) la que ha sido llamada por los constitucionalistas “ente autárquico”, “ciudad Estado”, “de nivel provincial”, “semiprovincia”, “distrito autónomo”, “entidad *sui generis*”, “persona de derecho público”, “municipio federado”, “ciudad constitucional federada”, y está representada en el Senado de la Nación.

La Constitución dictada por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires llevó a Quiroga Lavié a señalar que la obra debió calificarse como “Estatuto Organizativo de sus Instituciones”, según así lo disponía el art. 129 de la Const. nacional; pero como se trata de una cuestión formal, dado que un “Estado organizativo”, es también una Constitución y ésta no tiene otra función que la de ser el estatuto organizativo del poder político, lo concreto del caso es que ha nacido la Ciudad de Buenos Aires como nueva unidad política para integrar el federalismo argentino³.

La Ciudad Autónoma de Buenos Aires ejerce todo el poder no conferido por la Constitución nacional al Gobierno federal. Sólo el remanente de las facultades per-

³ Quiroga Lavié, Humberto, *Constitución de la Ciudad de Buenos Aires*, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 1996, p. 8.

tenecientes al Gobierno federal ingresan al área del poder local, la participación en la vida política, económica o social de la comunidad, los derechos a la identidad, a la diferencia, a la salud reproductiva e intereses colectivos, bienes sociales colectivos, necesidades personales, desarrollo humano, alimentación, cultura y ambiente, igualdad entre varones y mujeres, consumidores, usuarios, comunicaciones, la reglamentación de los derechos y garantías de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires que sólo tienen validez en el ámbito local, el poder de policía, es decir, todas aquellas atribuciones que conciernen a la vida, a la libertad, a la propiedad, al orden interno, a la prosperidad, al adelanto del Estado, mediante medidas de organización, económicas, financieras, legislativas y judiciales.

La Ciudad Autónoma de Buenos Aires no tiene atribución en materia de asuntos que la Constitución otorga al Gobierno federal, de los que pueda surgir perjuicio, que atenten contra la unidad o la supremacía de la ley fundamental, de las leyes nacionales dictadas en su consecuencia o de los tratados entre la Nación y las potencias extranjeras, o que hayan sido expresamente prohibidas a las provincias.

Actuó muy razonablemente el constituyente nacional cuando dispuso que el Congreso sólo podía limitar el ejercicio, de la autonomía de la Ciudad, en la medida que ello fuere necesario para garantizar los intereses del Estado nacional, mientras la Ciudad de Buenos Aires sea capital de la Nación considerando que si los intereses federales no están afectados, el Congreso de la Nación perjudicaría los intereses públicos del pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, si se sigue concediendo a sí mismo atribuciones en materias, ajenas a los intereses federales en el ámbito local.

Y esa excedencia la produjo el Congreso de la Nación con la ley de garantías 24.588, al retirarle jurisdicción a la Ciudad en materia de cuestiones de familia, legislada por el Código Civil, que ha sido desconocida por los legisladores al sancionar la ley 1044. Lo mismo hubiera sucedido con relación a una eventual aplicación de los restantes códigos de fondo, en materia comercial, penal, minería, trabajo y seguridad social (art. 75, inc. 12, Const. nacional).

Es que sobre las facultades autónomas propias de legislación y jurisdicción otorgadas por la Constitución a la Ciudad de Buenos Aires en el marco de su estatuto organizativo (art. 10), rigen todos los derechos, declaraciones y garantías de la ley fundamental, las leyes de la Nación y los tratados internacionales ratificados y que se ratifiquen en un futuro.

18. Supremacía de la Constitución nacional

Ello no hace otra cosa que reiterar la supremacía del derecho federal consagrado por la Constitución, sobre el derecho provincial y el derecho local.

La norma fundamental del art. 31 de la Carta Magna determina que la ley que manda en última instancia es ella, dentro de cuyo contexto deben desarrollarse todas las posibilidades.

Por eso es suprema, porque es superior a toda otra manifestación de autoridad, puesto que ésta la crea o constituye (poder constituido) la que describe su naturaleza, organiza el funcionamiento de sus instituciones y fija sus límites.

El presidente de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América, John Marshall, en el caso “Marbury vs. Madison” consagró la supremacía de la Constitución al decir: “La Constitución es, o bien una ley suprema y soberana..., o bien está al nivel de las leyes ordinarias... Si la primera parte de la alternativa es cierta, una ley contraria a la Constitución no es una ley... Ciertamente, todos aquellos que han elaborado las constituciones escritas, las contemplaron como formando la ley fundamental y suprema de la Nación y consecuentemente, la teoría de cada uno en tal gobierno debe ser una ley de la legislatura repugnante a la Constitución escrita y debe ser considerada, en consecuencia, por las cortes, como uno de los principios fundamentales de nuestra sociedad”.

Derivación razonada de la doctrina expuesta es que siempre que una ley, ya sea legislativa nacional o provincial o local, quiebre el cerco constitucional, en razón de las distintas competencias o jurisdicciones, según los casos en que se ejerza la autoridad y desde el punto de vista institucional, la trasponga en cualquier forma, pierde su validez y vigencia, porque se atribuye una función constituyente que no la tiene, y por ese solo hecho es inconstitucional y nula, en principio.

En el orden jurídico nacional existe una legislación unificada, cuya órbita está trazada por la Constitución nacional para todo el territorio del país. Además de ello, las leyes de la Nación que en su consecuencia dicte el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras.

19. La ley

La ley, en el concepto jurídico de la palabra, es una regla social obligatoria, establecida por la autoridad pública.

Las siguientes, son las distintas clases de leyes:

- a) las constituciones o actas emanadas del poder constituyente;
- b) las leyes propiamente dichas o actos emanados del Poder Legislativo;
- c) los decretos reglamentarios, los reglamentos o actos emanados del Poder Ejecutivo, cuyo objeto es reglar en detalle, ciertas leyes, o la ordenanza administrativa o el edicto, etc., y
- d) las ordenanzas municipales —en la actualidad, las leyes constitucionales del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires—, o actos emanados de las autoridades locales de cada ciudad, pueblo, localidad, departamento o partida.

20. La Constitución nacional

Como círculo máximo concéntrico que existe en el orden interno y público de todo Estado de derecho contemporáneo, especialmente en el tipo americano de república democrática, se ubica, como ley de las leyes, la Constitución, que no sólo es política, sino también ética, social, económica, cultural, etcétera.

Si bien el art. 31 de la Carta Magna enumera la trilogía de “Constitución-leyes-tratados” y los engloba a todos bajo el nombre de ley suprema de la Nación común (para hacerlos prevalecer sobre el derecho provincial y el local) el orden que men-

ción es para los efectos de una graduación jerárquica, pues pese a quedar situados los tratados en tercer lugar, en nuestro derecho interno tienen un rango inferior a la Constitución, pero superior a las leyes.

La Constitución descende del poder constituyente como expresión primaria, extraordinaria e ilimitada de soberanía, por lo que es distinta, en su naturaleza, a la ley ordinaria y al tratado internacional.

La sola existencia de la Constitución basta para afirmar que el Estado de derecho creado por ella excluye todo el derecho que no nazca de la ley fundamental, explícita o implícitamente, porque ninguna manifestación o libertad, es apta para dar existencia a derechos que, de una u otra manera, no tengan origen en la idiosincrasia constituyente.

En consecuencia, la Constitución, las leyes de la Nación que se dictan por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras, determinan que las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas, no obstante cualquier disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aries, los tratados ratificados después del Pacto del 11 de noviembre de 1859.

Resulta, entonces, que las leyes supremas de la Nación, están constituidas por:

a) la Constitución nacional, que siendo escrita, contiene un orden jurídico estable, dentro del cual debe desarrollarse toda la vida de una Nación, los mismos para el pueblo gobernado que para sus gobernantes, e implica que impere el derecho por medio de la ley de la norma jurídica, que excluye toda arbitrariedad. Toda la vida moral y jurídica de la Nación está en la Constitución misma y en la leal aplicación de sus preceptos. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que: “el *palladium* de la libertad es la Constitución, el área sagrada de todas las garantías individuales, cuya observación es inviolable, cuya guarda severamente escrupulosa debe ser el objeto primordial de las leyes”.

b) las leyes que en su consecuencia dicte el Congreso nacional, ajustándose a la Constitución nacional; son también ley suprema de la Nación, con supremacía de segundo grado, pero lo son únicamente en la medida que hayan sido dictadas en consecuencia de la Constitución nacional, es decir, en subordinación de sus preceptos, porque toda ley del Congreso, que es nacional, es reglamentaria de las disposiciones constitucionales, sin poder alterarlas (art. 28, Const. nacional).

c) los tratados con las potencias extranjeras, los que la Convención Constituyente de 1994 incorporó al texto de la Constitución nacional en el capítulo referido a las atribuciones del Congreso (art. 75, incs. 22 a 24). El primero de ellos se refiere a la jerarquía normativa de los tratados y concordatos en general, otorgándole a ambos jerarquía supralegal; esto es, un rango superior a las leyes, pero inferior a la Constitución.

El texto dice así: “Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”.

Finalizó, con esta incorporación, el viejo debate doctrinario y los distintos vaivenes de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en relación a la su-

premacía del derecho internacional sobre el derecho interno.

Ahora bien, puede suceder que a despacho del art. 31 de la Constitución nacional se presenten las siguientes situaciones:

a) que el Congreso nacional, cuyas funciones son legislativas y no constituyentes, dicte leyes o apruebe tratados que contraríen algún precepto constitucional;

b) que la violación provenga de algún decreto del Poder Ejecutivo;

c) que una Constitución o ley provincial vulnere los artículos de la Constitución nacional o contraríe una ley dictada en su consecuencia por el Congreso o un tratado aprobado por éste.

¿Cuál es, en estos casos, la situación de la Constitución, de la ley, del tratado o del decreto transgresores? Caerá sobre ellos la sanción de inconstitucionalidad que debe reclamarse ante el Poder Judicial, a quien incumbe declararla, supuesta su procedencia previa instauración de un pleito, pues no es procedente la declaración de inconstitucionalidad en abstracto, sino a pedido de parte.

Declarada la inconstitucionalidad de la norma a la que se quiere aplicar, la misma virtualmente caduca, pues cada vez que se intente invocarla recaerá sobre ella, en igualdad de condiciones, idéntica declaración.

© Editorial Astrea, 2004. Todos los derechos reservados.

