

DOS MINUTOS DE DOCTRINA

16 de diciembre de 2016

### **TODO EN FAMILIA**

*A la muerte de su marido, la viuda decidió volver a casarse. Pero con la hija de él...*

Luis y Elsa eran una pareja feliz, casados desde 1983. Su hija Victoria era la luz de los ojos de ambos. Pero Elsa murió en 1999, y su viudo y Victoria quedaron desolados. Como el tiempo todo lo cura, luego de diez años (en 2009) Luis volvió a casarse, esta vez con Juana.

La relación entre Victoria y su madrastra era excelente, “fundada en el afecto, la sinceridad, el apoyo y el compañerismo”. *Ambas tenían casi la misma edad.*

Pero menos de cuatro meses después, murió Luis. La historia volvió a repetirse: Juana y Victoria quedaron desoladas. Como el tiempo todo lo cura, luego de cinco años (en 2016) Juana volvió a casarse (o quiso casarse)... pero con Victoria.

Debe tenerse en cuenta que en la Argentina y desde hace varios años se permite el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Cada una presentó ante el Registro Civil de la ciudad de Rosario el formulario para casarse y entre ambas arrendaron un salón para el festejo, contrataron el servicio de *catering* para los invitados, hicieron las reservas para el viaje de luna de miel... Fueron tantos los preparativos ¡que tomaron un préstamo del banco para pagar los gastos!

Todo iba bien, hasta que un funcionario del Registro Civil las llamó por teléfono para decirles que ese matrimonio no era posible, *porque existía un impedimento legal.*

El Registro Civil les indicó que una disposición del nuevo Código Civil y Comercial (el artículo 403 inciso ‘c’) prohibía una unión como la que planeaban.

Ese artículo dice que “son impedimentos *dirimentes* para contraer matrimonio... (c) la afinidad en línea recta en todos los grados”. La *afinidad* es el parentesco que existe entre una persona casada y los parientes de su cónyuge. El hecho de que un impedimento sea *dirimente* significa que no se lo puede dispensar. Contraer matrimonio a pesar de la existencia de un impedimento dirimente haría que ese matrimonio fuera *nulo de nulidad absoluta.*

Ante la llamada del Registro Civil Juana y Victoria quedaron desoladas. Cancelaron todos los preparativos y los servicios ya contratados, incluyendo sus reservas para su luna de miel. Pero no se quedaron con el no como respuesta, y se presentaron ante la justicia.

En la Provincia de Santa Fe (donde está la ciudad de Rosario) las decisiones del Registro Civil pueden apelarse ante los

tribunales. Y ante ellos se presentaron Juana y Victoria, para sostener que aquel artículo del Código era inconstitucional.

Entre sus argumentos estaba que la prohibición que se les pretendía imponer violaba sus derechos humanos y que estaba basada en un punto de vista biológico, ya que “las relaciones incestuosas traen defectos congénitos y potencian el riesgo de heredar rasgos negativos en la familia”, lo que no ocurriría en su caso, *puesto que no existía parentesco biológico* entre Juana y Victoria. Además, dijeron que, a diferencia de otros países, el Código Penal de la Argentina *no prohíbe la convivencia incestuosa* (aunque éste no fuera el caso).

Ambas sostuvieron también que la prohibición se fundaba en razones *meramente morales* y de carácter subjetivo, razones que la Constitución establece que “quedan fuera del alcance de los magistrados” *porque no afectan el orden público*.

Juana y Victoria sumaron también otros argumentos, con base tanto en la Biblia como en el derecho bizantino, para sostener finalmente que el matrimonio civil (como opuesto al religioso) no es más que un acto jurídico que une a dos personas otorgándoles la libertad de acordar cuestiones de índole patrimonial y extrapatrimonial, y que regula una serie de opciones de vida, propias de una sociedad pluralista.

Cuando el tribunal de segunda instancia analizó el caso<sup>1</sup> pasó revista tanto a los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos como a la Constitución. No se debe olvidar que esos

tratados, desde 1994, *integran la Constitución*. Ese análisis se hizo, según el tribunal, *para considerar e interpretar la legislación vigente* (esto es, el Código Civil y Comercial, donde está regulado el matrimonio) *de frente a los derechos constitucionales* que Juana y Victoria entendían violados al prohibirse su matrimonio.

El tribunal entendió que de acuerdo con la letra del Código el matrimonio entre afines estaba claramente prohibido. Para colmo, Juana y Victoria tampoco podrían haber registrado una *unión convivencial*, porque las alcanzaría una prohibición similar.

Pero, agregó, *el Código Civil no puede contradecir la Constitución*. Y la Constitución reconoce derechos *que son exigibles sin que eso dependa de que se los haya incluido en las leyes codificadas*. Incluyen el derecho a la libertad individual, a la libertad de asociación, al respeto a la vida privada, etcétera.

Como no hay derechos absolutos, puesto que todos tienen un límite, el tribunal opinó que *esos límites deben ser examinados para establecer si son razonables*. Y los límites que establece el derecho de familia deben ser examinados a la luz del derecho constitucional, para ver si responden a las exigencias de la justicia en cada caso concreto.

Los magistrados se preguntaron qué hacer ante el principio del Código Civil según el cual “las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia esté interesado el orden público”. Y ese orden público ¿es invariable y absoluto?

Para responder a esas preguntas los jueces investigaron los orígenes del impedimento por afinidad. Encontraron así que para la

---

<sup>1</sup> In re “N.V.E. s. inconstitucionalidad”, Trib.Resp. Extracontractual, Rosario (29 nov 2016); *Microjuris* MJ-JU-M-102079-AR

Iglesia Católica ese impedimento es dispensable, y que varias legislaciones europeas lo han suprimido.

No solo eso: varios precedentes de la Corte Europea de Derechos Humanos descalificaron el impedimento, *porque violaba el derecho a casarse*. Uno de los precedentes analizados se refería al caso de una mujer, abandonada por el marido, que quiso casarse con el suegro. Como en el caso no podía existir ninguna situación de *rivalidad sexual* entre padre e hijo, la integridad de la familia —que es lo que el impedimento protege— no se veía afectada.

Pero los jueces manifestaron su perplejidad ante el hecho de que nuestro Código Civil permite el casamiento entre tío y sobrina, adoptante y adoptado y tutor y pupilo. *Si la razón de la prohibición del matrimonio entre afines es el reproche ético, ¿por qué se permiten entonces esos matrimonios?*

Además, se preguntaron, si se han eliminado la indisolubilidad y la perpetuidad del matrimonio, ¿no ha dejado de tener fundamento la prohibición del matrimonio entre afines?

En consecuencia, decidieron aplicar *una interpretación dinámica del derecho a contraer matrimonio, respetuosa de los*

*valores ético-políticos de inclusión, pluralismo y tolerancia proyectados desde los derechos constitucionales*. Pero tuvieron en cuenta varios factores: el escaso período de tiempo en que ambas mujeres fueron viuda e hija del difunto; la ausencia de otros hijos; el carecer personal y libre del consentimiento matrimonial y la dignidad de la persona humana.

El tribunal concluyó entonces que existía *una contradicción insuperable entre la ley y la Constitución y una imposibilidad de integrar la norma del Código Civil con esta última para hacerlas coincidir*. Ello, a ojos de los jueces, llevaba a la necesidad de declarar inconstitucional la prohibición.

Finalmente, reconocieron que, si bien la felicidad, el amor y la dignidad varían según las distintas posiciones filosóficas que se adopten, la Constitución argentina, fundada en la letra y el espíritu de la estadounidense, *garantiza implícitamente a todo ciudadano su derecho a procurarse la propia felicidad, lo que lleva a que tenga el derecho a ser tratado dignamente por las leyes*.

Para cerrar: una redacción más cuidada habría hecho de este fallo una pieza de especial valor. No se pueden escribir cosas como “el Código fija una pauta fija...”

\* \* \*

Esta nota ha sido preparada por Juan Javier Negri. Para más información sobre este tema pueden comunicarse con el teléfono (54-11) 5556-8000 o por correo electrónico a [np@negri.com.ar](mailto:np@negri.com.ar).

**Este artículo es un servicio de Negri & Pueyrredon Abogados a sus clientes y amigos.  
No tiene por objeto prestar asesoramiento legal sobre tema alguno.**