

ARTÍCULO 17. PROTECCIÓN A LA FAMILIA⁽⁸⁷⁷⁾

La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y deber ser protegida por la sociedad y el Estado.

Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

Los Estados partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

Concordancias: Arts. 1, 2, 18, 19 y 27 CADH; 14bis, 20, 75 inc. 19, 22 y 23 CN; 6 DADDH; 16 DUDH; 2 y 10 PIDESC; 16 y 23 PIDCP; 15 y 16 CEDM; Convención de Nueva York de 1962 sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la Edad Mínima para contraerlo y el Registro de ellos; 3 y 9 CDN.

SANTIAGO JULIÁN GARCÍA MELE

El presente artículo consagra las pautas mínimas que los Estados partes se comprometen a respetar en relación con la tutela de la familia, cuya protección es encomendada no sólo al Estado sino también a toda la sociedad.

(877) Cabe aclarar que, sin perjuicio de que el presente comentario ha sido redactado con anterioridad a la Ley 26.618, de Matrimonio Civil (B.O. 22-7-2010); el reconocimiento que ella efectúa del derecho a contraer matrimonio a personas del mismo sexo resulta enteramente compatible con los estándares constitucionales y de derechos humanos desarrollados en este ensayo.

Tal como lo sostiene la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la presente disposición reconoce el papel central de la familia y la vida familiar en la existencia de una persona y en la sociedad en general (878). Es un derecho tan básico de la Convención que no se puede suspender aunque las circunstancias sean extremas (879).

Para lograr su finalidad —es decir, el resguardo de la familia—, la norma protege, a su vez, el matrimonio, institución que es su natural núcleo aglutinante y que debe fundarse reconociendo en él la igualdad jurídica de los cónyuges.

La protección de la familia se completa con las disposiciones relativas a quienes son sus miembros más frágiles: los hijos.

En definitiva, puede sostenerse que la norma cumple una doble función, orientando la legislación positiva interna hacia el efectivo cumplimiento de sus fines y estableciendo frenos para toda actividad o normativa que pretenda concretarse contrariando los postulados que ella consagra.

En líneas generales, nuestra Constitución Nacional y el resto de la normativa interna son concordantes con los principios y disposiciones convencionales en materia de protección a la familia, quedando no obstante en vigencia algunas normas que entrarían en conflicto con las mismas, que por lo tanto requieren una interpretación que las armonice o su modificación.

I. El concepto de familia

Respecto de su caracterización, la Convención no define qué debe entenderse por familia. Si bien es difícil establecer un concepto preciso de ella, del texto del artículo se desprendería una referencia a la familia en sentido restringido (familia conyugal, parentesco inmediato o núcleo paterno-filial), debido a la importancia dada dentro del marco tuitivo al matrimonio y los hijos.

A diferencia de la familia en sentido amplio —definida por la existencia de relaciones jurídicas familiares que hallan origen en el matrimonio, en la filiación y el parentesco—, en este sentido más restringido la familia comprende al grupo formado por el padre, la madre y los hijos que viven con ellos o que están bajo su potestad. No puede dejar de mencionarse que éste es el núcleo que, desde un punto de vista sociológico, es el elemento fundamental de la sociedad. Y ello es así independientemente de la existencia de matrimonio entre los padres, tal como se desprende de lo preceptuado en el inciso 5°.

No obstante lo expuesto, del texto en análisis no se advierte obstáculo alguno para incluir por vía interpretativa dentro de su marco protectorio una

(878) CIDH, Informe N° 38/96, Caso 10.506, Argentina.

(879) CADH, artículo 27.2.

estructura familiar más amplia. Tal el caso de la denominada familia ensamblada o reconstituida, que reconoce vínculos procedentes de otras uniones conyugales. La familia ensamblada es conceptuada por Grosman y Martínez Alcorta como “aquella estructura familiar originada en el matrimonio o unión de hecho de una pareja, en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de un casamiento o relación previa” (880).

Frente a esta situación cada vez más cotidiana, el derecho debe poner sus herramientas a disposición para lograr una protección adecuada de sus miembros, lo que se logra interpretando en sentido amplio la palabra familia. Así, la presente Convención se convertiría en un instrumento eficiente para dicho objetivo.

Además, la protección de esta nueva estructura familiar estaría implícitamente comprendida dentro del marco de la norma en examen como consecuencia lógica de la aceptación de la posibilidad de disolver el matrimonio que hace el inciso 4°.

Es importante destacar que de la norma en análisis no surge la existencia de un modelo único de familia, contemplando la protección de ella en sus diversas manifestaciones.

Es por ello que, a la luz de la Convención, es posible incluir dentro del concepto de familia —y así extender el deber de protección que pesa sobre la sociedad y el Estado— a las uniones entre personas del mismo sexo.

En ese sentido, si bien el artículo reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio, no especifica que necesariamente deba ser entre sí. Además, y reforzando esta postura, en los incisos 3 y 4 no aparecen consideraciones de género debido a la utilización de las palabras “contrayentes” y “cónyuges”.

Es posible argumentar que al proclamar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges, lo hace refiriéndose sólo a las discriminaciones habituales en las que incurren las legislaciones internas entre el hombre y la mujer.

De la misma forma, debe reconocerse que al momento de firmarse la presente Convención el tema aquí tratado no era objeto de análisis jurídico.

Sin embargo, de un análisis armónico con el resto de los postulados de la Convención (especialmente lo establecido en el artículo 1) y de los Derechos Humanos, se extrae una conclusión contraria, no existiendo obstáculos para su aplicación en otro tipo de uniones.

(880) Conf. GROSMAN, CECILIA P. y MARTÍNEZ ALCORTA, IRENE, *Familias ensambladas. Nuevas uniones después del divorcio. Ley y creencias. Problemas y soluciones legales*, Buenos Aires, Universidad, 2000, pág. 35.

En efecto, el derecho a la orientación sexual como derecho a la libre determinación de las personas puede ser ubicado en la primera generación de Derechos Humanos y está íntimamente ligado a los derechos a la privacidad, a la libertad individual y al derecho de asociación.

Por otra parte, la concepción legal de familia y qué constituye una familia puede cambiar con la modificación de las prácticas y las tradiciones familiares. Sin dudas, bajo el manto protectorio de los Derechos Humanos las uniones entre personas del mismo sexo no pueden estar sujetas a un trato discriminatorio.

Por lo expuesto, es posible sostener que —de acuerdo a la Convención— el deber de protección que pesa sobre la sociedad y el Estado incluye a las uniones entre personas del mismo sexo.

II. La Constitución Nacional y la familia

La Constitución nacional, tanto en su texto originario como en el resultante de la reformas de 1860, 1866 y de 1898, nada expresaba sobre la familia.

En 1957 —y en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 3838— la Convención Nacional Constituyente sancionó la incorporación a la Constitución Nacional del artículo 14 bis, elevándose así los derechos sociales y económicos a rango constitucional.

En lo que respecta a la familia, el art.14 bis estipula que “... la ley establecerá (...) la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna”.

La manera en que la Constitución Nacional contempla la protección de la familia podría ser calificada de exigua, teniendo en cuenta el importante y trascendente rol de dicha institución dentro de la sociedad y que dicha norma funciona como piso mínimo que no puede ser desconocido por el orden infraconstitucional.

No obstante, al ser el término “protección integral de la familia” de gran amplitud, permite que la norma brinde un amparo extenso, elevando a la familia a la jerarquía de sociedad primaria y núcleo fundamental.

De la misma forma que sucede con la definición convencional, el concepto constitucional de familia no puede ser interpretado de manera restringida y supone la existencia de un vínculo afectivo perdurable que diseña un proyecto biográfico conjunto y genera un ámbito de protección y promoción por parte del Estado. Los lazos afectivos y los proyectos de vida no responden a un solo modelo sino por el contrario se basan en la tolerancia y el pluralis-

mo (881), lo que permite afirmar el principio democrático que exige el respeto por las diferencias (882).

En cuanto a la defensa del bien de familia, se busca proteger la casa-habitación destinada a vivienda, tomando a la residencia familiar como el centro de la vida del grupo, propiciando su unidad y estabilidad.

Como es sabido, el derecho a la vivienda es un derecho fundamental del hombre nacido de la vital necesidad de poder disfrutar de un espacio habitable, suficiente para desarrollar su personalidad; esa facultad se materializa en un derecho sobre la vivienda, accediendo a la propiedad u otro derecho real o personal de disfrute (883).

Por su parte, la compensación económica familiar implica el otorgamiento a los trabajadores de subsidios proporcionales y justos como consecuencia de la existencia de cargas de familia.

Finalmente, el acceso a una vivienda digna es el resultado de la importancia que el hogar adquiere como medio de confluencia y fortalecimiento familiar. Por esta norma el Estado se encuentra obligado a establecer condiciones propicias para que los habitantes accedan a un lugar donde habitar decorosamente con su familia. Así, la importancia social de la familia impone, a veces, hacer prevalecer el derecho “a” la vivienda por encima del derecho “sobre” la vivienda” (884).

Del análisis del texto constitucional y su confrontación con los preceptos de la Convención se concluye que ésta es más precisa, concreta y amplia en lo atinente a la tutela de la familia y de las relaciones que ella conlleva.

Sin embargo y de acuerdo a lo expuesto hasta aquí, no existen incompatibilidades entre el presente Tratado con jerarquía constitucional y la propia Constitución.

En efecto, si bien la norma convencional establece principios no contenidos dentro de la declaración constitucional (como la igualdad de derechos de los cónyuges), ellos no son incompatibles con las estipulaciones constitucionales. Lo mismo sucede a la inversa, por ejemplo, con la consagración del régimen del bien de familia por la Constitución, que si bien no es establecido específicamente por la Convención, propende a los mismos fines que ella se propone alcanzar.

(881) GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, “El concepto constitucional de familia”, *Derecho de familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, Vol. 15, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999, págs. 31-43.

(882) GROSMAN y MARTÍNEZ ALCORTA, *op. cit.*, pág. 32.

(883) Ver KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA R., “Protección jurídica de la vivienda familiar” en separata de la “Revista de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Cuyo”, n. 51.

(884) KEMELMAJER DE CARLUCCI, *op. cit.*

Es decir que es posible realizar una interpretación armónica de ambos enunciados, funcionando la norma objeto de análisis de eficaz complemento de lo establecido por el art. 14 bis de la Constitución Nacional.

III. Protección de la familia por parte de la sociedad y el Estado

La protección de la familia es encomendada a toda la sociedad, que a través de sus representantes y en virtud del derecho de familia, pretende amparar intereses diferentes del individual de los miembros de cada familia, y que se relacionan con los intereses del grupo.

En ese sentido, cada miembro de la sociedad debe evaluar si sus acciones coadyuvan a efectivizar la protección que impone la norma, o si, por el contrario, lesionan ilegítimamente los intereses que se pretenden defender. En este último caso, la disposición convencional obliga a la abstención de dicha conducta.

A su vez, el Estado (el otro sujeto obligado por la Convención) cumple un rol cada vez más importante dentro de la tutela de la familia, ya que interviene en actos de constitución de un estado de familia (como ocurre en la celebración del matrimonio mediante el Registro Civil) y en el control de cómo se ejercen los derechos y deberes originados en las relaciones de familia. Esta intervención se hace efectiva a través de las acciones de los jueces y los asesores de menores e incapaces (885).

Por otra parte la obligación que ha asumido nuestro país al ratificar la Convención hace indispensable el diseño e implementación de políticas sociales en atención a la familia, las que deben ser producto del reconocimiento del rol protagónico del Estado en la asignación de los recursos (886). Sin embargo, el Estado no debe exceder los límites de su intervención, de carácter supletoria.

Ello por cuanto se ha producido una gradual y creciente penetración del Estado en la familia: los magistrados tienen facultades para entrar en el interior del hogar, vigilan y protegen la salud de los menores, los amparan contra los abusos o contra el peligro de vivir en ambientes moralmente dañosos,

(885) Así, la CSJN ha sostenido por ejemplo que “la tarea de reanudar el vínculo madre - hijo exige una participación procesal activa del tribunal que facilite y encamine la actuación de las partes y de los auxiliares de la justicia, tarea que deberá llevar a cabo el a quo en la esfera propia de sus atribuciones y con la diligencia que sea posible en función de las circunstancias”. Ver, CSJN, A., D. E. s/ *incidente de familia*, 1998, Fallos 321:1589.

(886) Por ejemplo, el Decreto N° 1382/2001 creó el Sistema Integrado de Protección a la Familia, con las siguientes prestaciones, destinados a los sectores de menores ingresos: la protección por niño, por niño con discapacidad, por maternidad, por escolaridad y educación, diferenciada en sus distintos niveles, para la tercera edad y una prestación para los cónyuges de los beneficiarios del Sistema integrado de Jubilaciones y Pensiones.

pudiendo sustraerlos a la autoridad paterna; el juez dirime las divergencias entre los cónyuges respecto de los problemas de la diaria convivencia, tales como la elección del domicilio, la educación de los hijos, la administración y disposición de los bienes gananciales, etc. (887).

Frente a este avance, no debe olvidarse la preexistencia de la familia, como sociedad natural cuya aparición es anterior al propio Estado y que exige ciertos límites frente a injerencias cada vez mayores.

En ese sentido, el artículo 1.1. de la Convención requiere que los Estados partes respeten y garanticen el pleno y libre ejercicio de todos los derechos reconocidos por la Convención. Esas obligaciones limitan la autoridad del Estado para imponer restricciones sobre los derechos protegidos por la Convención.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha tenido la oportunidad de analizar una interferencia indebida del Estado argentino en el derecho a la familia (888).

En el caso, el ejercicio de dicho derecho se vio sujeto a una restricción ilegítima cuando las autoridades del Estado argentino requirieron que una madre y su hija se sometieran a inspecciones vaginales cada vez que deseaban tener un contacto personal con el marido que se encontraba detenido en la Unidad N° 1 del Servicio Penitenciario Federal.

La Comisión consideró que una medida tan extrema como la revisión o inspección vaginal de las visitantes, debe ser prescrita por una ley que especifique claramente en qué circunstancias se puede imponer una medida de esa naturaleza y que enumere las condiciones que deben ser observadas por los que realizan el procedimiento, ya que son un tipo de requisa excepcional e intrusista. Por tanto, el equilibrio de intereses que debe hacer al analizar la legitimidad de dicha medida, necesariamente requiere sujetar al Estado a una pauta más alta respecto del interés de realizar una requisa invasiva del cuerpo. Sólo en circunstancias específicas, cuando hay fundamento razonable para creer que representan un peligro concreto para la seguridad, o que están transportando sustancias ilícitas, se deben hacer inspecciones de los visitantes.

Si bien el encarcelamiento necesariamente limita que se goce plenamente de la familia al separar forzosamente a uno de sus miembros, el Estado tiene la obligación de facilitar y reglamentar el contacto entre los reclusos y sus familias y de respetar los derechos fundamentales de todas las personas

(887) BORDA, GUILLERMO A., "Derecho de Familia", en JORGE A. URIARTE (Coord.) *Enciclopedia de Derecho de Familia*, Tomo I, Buenos Aires, Universidad, 1991, pág. 833.

(888) CIDH, Informe N° 38/96, Caso 10.506, Argentina.

contra las interferencias abusivas y arbitrarias por parte del Estado y sus funcionarios públicos.

En este sentido, la Comisión ha reiterado en varias ocasiones que el derecho de visita es un requisito fundamental para asegurar el respeto de la integridad y libertad personal de los internos y, como corolario, el derecho de protección a la familia de todas las partes afectadas (889). Justamente, en razón de las circunstancias excepcionales que presenta el encarcelamiento, el Estado tiene la obligación de tomar medidas conducentes a garantizar efectivamente el derecho de mantener y desarrollar las relaciones familiares.

Cabe recordar que, de acuerdo a lo sostenido por la Comisión, para establecer una medida que de alguna manera afecta los derechos protegidos por la Convención, la misma debe necesariamente: 1) ser prescrita por la ley; 2) ser necesaria para la seguridad de todos y guardar relación con las demandas justas de una sociedad democrática; 3) su aplicación se debe ceñir estrictamente a las circunstancias específicas enunciadas en el artículo 32.2, y ser proporcional y razonable a fin de lograr esos objetivos.

El derecho a recibir el beneficio de pensión

Como elemento indispensable en el diseño e implementación de políticas sociales en atención de la familia, las leyes previsionales, con el instituto de la pensión, “*tienden a proteger el núcleo formado por los integrantes de la familia cumpliendo, de este modo, con el objetivo constitucional de alcanzar la protección integral de la familia, mediante un sistema de seguridad social*”. (890)

Así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en concordancia con lo establecido en el inciso 5 del artículo en análisis y la interpretación amplia del concepto de familia considera que “*la protección constitucional de la familia no se limita a la surgida del matrimonio legítimo, porque a la altura contemporánea del constitucionalismo social sería inicuo desamparar núcleos familiares no surgidos del matrimonio*”.

Cabe aclarar que el objetivo constitucional de alcanzar la protección integral de la familia mediante un sistema de seguridad social, como todos los derechos y garantías consagrados por la Carta Magna, no es absoluto, y su ejercicio está sometido a una razonable reglamentación (891).

Por lo expuesto, es de vital importancia analizar los diferentes supuestos respecto de los sujetos con derecho a recibir el beneficio de pensión.

(889) Sobre este tema véanse los siguientes informes de la CIDH: Caso Miskito, págs. 31-32, Caso Cuba, pág. 62 (1983), y Caso Uruguay (1983-84), pág. 130, párr. 10.

(890) CSJN, *Vila, Cándida c/ Caja Nacional de Previsión de la Industria, Comercio y Actividades Civiles s/ pensiones*, 2003, Fallos 316:2441.

(891) CSJN, *Vila, Cándida, ya cit.*

A partir de la sanción de la ley 23.515, el Alto Tribunal resolvió otorgar el beneficio de pensión a la ex esposa que había sido declarada inocente en el juicio de divorcio (892). Parte de la doctrina criticó la solución arribada, ya que quien no era cónyuge del causante al producirse el deceso de éste no podría invocar la calidad de viuda.

Posteriormente, la Corte sostuvo que no se puede pretender en el ámbito previsional aquello a lo que se había renunciado en sede civil, en un caso donde no había existido previsión alguna que le asegurara a la solicitante una cuota alimentaria a su favor (893).

En ese sentido, la jurisprudencia parece inclinarse a reconocer el derecho de pensión del cónyuge divorciado con reserva de alimentos, en la proporción pactada.

Otro supuesto sujeto a debate es el caso del hijo afín. En el sistema previsional argentino no se considera expresamente la condición de hijo afín ya que en el art. 53 de la Ley 24.241 se menciona únicamente a los hijos del causante como causahabientes con derecho de pensión.

Respecto de este tema, la Corte mantuvo diversas posturas. En un primer momento consideró que *“La condición de hijastra genera obligación alimentaria en cabeza de la sociedad conyugal, otorga derecho a asignaciones familiares para la determinación de las cargas de familia y no resulta interpretación desprovista de validez la que admite derecho a pensión de aquélla, evitando conclusiones disvaliosas y se ajusta al carácter alimentario que la Corte ha asignado al beneficio de pensión”* (894).

Sin embargo, en un fallo posterior denegó el beneficio en base a la interpretación literal de la norma por considerar que la solicitante no tenía con el causante el parentesco que exige la ley (895).

Por su parte, en el caso “Sbrocca” la Corte revocó la decisión de la Cámara Federal de la Seguridad Social que había concedido el beneficio de pensión para quien había recibido trato como hija, sosteniendo que la enumeración del art. 38, Ley 18.037, sobre quienes son los derechohabientes con vocación al beneficio de la pensión, es taxativa (896).

Cabe destacar que en la actualidad la tendencia generalizada es considerar que el concepto de “hijo a cargo” abarca a todos los hijos, sin distinción de su condición de legítimos, legitimados, ilegítimos, adoptivos o del cónyuge,

(892) CSJN, *Páez de González c/ Caja de Retiros, Jubilaciones y de la Policía Federal*, 1993, Fallos 316:2106.

(893) CSJN, *Córdoba, Alicia Angélica c/ ANSES s/ pensiones*, 2001, Fallos 324:2877

(894) CSJN, *Donati, Carolina s/pensión*, 1976, Fallos 296:22.

(895) CSJN, *Niella Pereyra, María Cristina*, 1979, Fallos, 301:793.

(896) CSJN, *Sbrocca, Carmen*, 2003, Fallos 326:1950

siendo la excepción los países que únicamente admiten el derecho al beneficio cuando existen lazos de sangre.

Finalmente resta analizar los casos de las uniones de hecho. El art. 53 de la Ley 24.241 determina en su parte pertinente que “En caso de muerte del jubilado, del beneficiario de retiro por invalidez o del afiliado en actividad, gozarán de pensión tanto la como el conviviente, exigiéndose, únicamente, que hayan vivido en aparente matrimonio durante por lo menos cinco años inmediatos anteriores al fallecimiento”.

En relación con las uniones de hecho de parejas heterosexuales, este artículo no presenta ningún problema. El debate se estableció respecto de los convivientes de un mismo sexo, cuestionándose en la jurisprudencia y la doctrina si éstos se encuentran dentro de los beneficiarios del derecho de pensión.

Al principio hubo negativas a incluirlos como “convivientes”, debido a que bajo la interpretación del derecho positivo vigente no se admitía el concubinato de dos personas del mismo sexo. Por ende, sólo podía aceptarse el mismo entre un hombre y una mujer.

Por otra parte, el artículo exige que la pareja viviera en “aparente matrimonio”, lo que fue entendido jurisprudencialmente como una unión que parece matrimonio pero que no lo es, por no haberse celebrado conforme las normas legales, situación que no se configuraría cuando se trata de personas del mismo sexo.

Es importante destacar que a partir de la Reforma Constitucional de 1994 y la incorporación de los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional, surge claramente la necesidad de que los Estados no discriminen la orientación sexual en el reconocimiento de derechos, lo cual lleva a que los jueces deban prestar particular atención en la aplicación de normas internas que importan, literalmente, una inadmisibles discriminación en razón de dicha orientación sexual (897). Asimismo se estaría vulnerado el principio de igualdad ante la ley dispuesto en el Art. 16 de la Constitución Nacional.

Consecuentemente no es posible entender la exigencia del requisito de convivencia en aparente matrimonio limitada sólo a las parejas heterosexuales, resultando la diversidad o identidad de sexo entre sus miembros indiferente, porque ni la ley ni el trato ostensible y mutuo, en sí mismo, lo supeditan a ello (898). En ese sentido, la finalidad del beneficio de pensión es la protección integral de la persona humana, sin distinguir respecto de su inclinación sexual.

(897) SPINELLI, DANIELA MARTHA, “El derecho de pensión de homosexuales” Comentario al fallo *A. A. L. c/Anses s/Pensión*. Juzgado Federal de la Seguridad Social N° 1, 22/05/2008 (elDial - AA49A5).

(898) Juzg. Cont. Adm. La Plata N° 1, 09/03/2005, *Y. E. A. vs. Caja de Previsión y Seguro Médico de la Prov. de Buenos Aires*. RDLSS 2005-9-703.

En concordancia con lo mencionado, la Administración Nacional de la Seguridad Social publicó en el Boletín Oficial la Resolución 671/2008 en la cual declara a los convivientes del mismo sexo incluidos en los alcances del artículo 53 de la Ley 24.241, como parientes con derecho a la pensión por fallecimiento del causante.

IV. El derecho a contraer matrimonio

Sin lugar a dudas, la Convención sostiene la organización de la familia sobre la base del matrimonio. Si bien de ello no se deduce que las uniones de hecho y la procreación fuera del matrimonio no den lugar a vínculos que definen también la existencia de una familia (899), el importante rol desempeñado por el matrimonio no puede ser soslayado.

En este contexto, y en concordancia con nuestra Constitución —que en su art. 20 reconoce entre los derechos civiles asegurados a todos los ciudadanos el de casarse—, se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia.

Sin embargo, este derecho se limita a quienes cumplan con el requisito de tener la edad establecida por la ley interna. Además, los contrayentes deben cumplir con las restantes condiciones dispuestas por aquélla. Por último, la norma contiene otra limitación: las condiciones establecidas no deben afectar el principio de no discriminación consagrado en esta Convención.

La edad legal

La Convención hace especial referencia a la edad necesaria para contraer matrimonio. Sin embargo, no contiene mención alguna sobre una edad mínima requerida, de manera que independientemente de la decisión que a ese respecto tome el derecho interno, no habría contradicción alguna con la norma, a menos que no sea respetado el principio de no discriminación.

Nuestra legislación ha sostenido el clásico impedimento de edad para brindar el consentimiento matrimonial, pero lo ha hecho a través de un régimen que ha ido modificando, no sólo en cuanto a las edades —en un proceso de paulatino aumento de ellas—, sino también en materia de dispensa o excepciones al límite legal.

En nuestra legislación, el art. 166 del Código Civil establece entre los impedimentos para celebrar el matrimonio el tener la mujer menos de 16 años y el hombre menos de 18.

(899) Este tipo de situaciones no puede dejar de ser tutelada. Así, el inciso 5 establece que la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

La diferencia de edad en el reconocimiento de adultez entre las mujeres y los varones se remonta a fuentes del antiguo Derecho Romano. La experiencia de mayor precocidad en la madurez de las mujeres se mantuvo durante siglos como uno de los temas que menos enfrentamientos produjo en el derecho.

Si bien parte de la doctrina concuerda en que esta diferencia no es discriminatoria (900), actualmente no existen razones legítimas que justifiquen apartarse de un trato igualitario, que requiere equiparar la edad mínima entre varones y mujeres para contraer matrimonio.

En efecto, dicha diferencia de edad no sería más que una discriminación contra la mujer, por cuanto una edad muy baja legitima ciertas ideas patriarcales acerca del matrimonio y del rol de la mujer en él vinculado con su madurez biológica para procrear.

La utilización de las diferencias biológicas entre varones y mujeres al establecer edades distintas responde al estereotipo de las mujeres que crían a los hijos y se limitan al trabajo doméstico, mientras que permite que los varones dispongan de una cantidad mayor de años de preparación, educación y experiencia para cumplir con el rol de “proveedor” (901).

Sin dudas, la plenitud intelectual y psicológica de la mujer son factores que no deben ser dejados de lado, por lo que la elevación de la edad mínima para contraer matrimonio asegurará que el consentimiento sea libre y pleno.

Si bien es cierto que lo aquí propuesto limita la capacidad para fundar una familia, se justifica como una protección ante la posibilidad de contraer matrimonios forzados, la maternidad prematura y la falta de consentimiento pleno (902).

Por lo tanto, resulta dudoso que estén dados los presupuestos para considerar esta diferencia de edad establecida por el ordenamiento interno como no discriminatoria de acuerdo a los lineamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ello por cuanto para dicho Tribunal no hay discriminación sólo si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes

(900) KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, “Régimen Jurídico de la Mujer”, LL 1993-E, 1044.

(901) Ver Proyecto: D-6628/96, Modificación de la edad mínima para contraer matrimonio, equiparando la edad mínima de mujeres y varones para celebrar tal acto (rep. por D-491/98).

(902) Idem.

y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana (903).

Por otra parte, cabe recordar que nuestro sistema, a partir de lo establecido en el art. 167 del Código Civil con una fórmula genérica —“si el interés de los menores lo exigiese”—, permite al juez apreciar las circunstancias particulares del caso y, previa audiencia con el o los menores, autorizar o no el matrimonio de los mismos cuando no cuenten con la edad requerida (904).

Es decir que el cuerpo normativo establece una edad mínima para contraer matrimonio para todos, pero como una presunción *iuris tantum*, susceptible de dispensa en supuestos concretos. Por lo tanto se adopta una solución que podría equilibrar la seguridad y la justicia del caso concreto (905).

La jurisprudencia ha tenido la oportunidad de expedirse en cuanto a la interrelación del derecho a contraer matrimonio, la edad legal requerida y la dispensa judicial. Así, siguiendo lo preceptuado por la presente Convención, y teniendo en consideración primordial el interés superior del niño (art. 3 Convención Universal sobre los Derechos del Niño), se otorgó la dispensa prevista por el art. 167 a una pareja de la colectividad gitana, donde la mujer no contaba con los 16 años requeridos (906).

Al respecto, se ha sostenido que las peculiaridades del impedimento de falta de edad justifican que sea dispensable cuando el juez adquiere el convencimiento de que los que desean contraer matrimonio actúan con discernimiento para el acto y se encuentran en condiciones de asumir y satisfacer sus responsabilidades futuras como cónyuges y como padres. Y en el caso, luego de las entrevistas mantenidas, se consideró que existía un fuerte deseo por parte de ambos menores de contraer matrimonio sin dilación alguna para salir del estado de unión de hecho en que se encontraban, por lo que no

(903) Corte IDH, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19-1-84. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización solicitada por el gobierno de Costa Rica.

(904) La Convención de Nueva York de 1962 sobre el “Consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraerlo y el registro de ellos”, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas y ratificada por la Argentina por Ley 18.444, que en su art. 2 dispone que “...los Estados partes... adoptarán las medidas legislativas necesarias para determinar la edad mínima para contraer matrimonio. No podrán contraer legalmente matrimonio las personas que no hayan cumplido esa edad, salvo que la autoridad competente, por causas justificadas y en interés de los contrayentes, dispense el requisito de la edad”.

(905) Conf. LÓPEZ ALARCÓN y NAVARRO VALLS, *Curso de Derecho Matrimonial Canónico y concordado*, Madrid, Técnos, 1984, pág. 98.

(906) “F., M. A. y F., J. M.”, del 8/9/2004, C. Nac. Civ., sala E.

otorgar la autorización en tales circunstancias hubiera implicado dañarlos psicológicamente.

Enfermedad venérea en período de contagio. El caso del Sida

Nuestro derecho consagra en el art. 13 de la ley 12.331 el impedimento matrimonial de enfermedad venérea en período de contagio, disponiendo también dicha ley un examen prenupcial obligatorio y gratuito para los hombres, que la Ley 16.668 extendió a las mujeres (907).

La doctrina nacional ha discrepado fuertemente si se debía o no considerar al Sida como impedimento matrimonial.

Algunos autores han sostenido que no cabe excluir al Sida de los alcances de los exámenes prenupciales por dudar de su carácter venéreo, ya que éste resulta de la posibilidad de contagio mediante el acoplamiento sexual, sin perjuicio de otras vías de acceso de la enfermedad. Por lo tanto concluían que el Sida estaba incluido entre los casos de impedimento por enfermedad venérea en período de contagio.

Sin embargo, un detenido análisis de la normativa aplicable sólo puede llevarnos a adoptar una postura contraria.

En efecto, la Ley 23.798 —comúnmente denominada “ley de Sida”— contiene principios interpretativos de sus disposiciones, que establecen que no se puede afectar la dignidad de la persona, producir efectos de marginación, degradación o humillación. Asimismo el decreto reglamentario de dicha ley —1244/91— establece que para su aplicación deberán respetarse las disposiciones de la presente Convención.

En el contexto actual, al consagrar un impedimento por esta causa se estaría prohibiendo indefinidamente el matrimonio de los enfermos debido al carácter incurable de la enfermedad (circunstancia ésta que torna inaceptable incluir al Sida dentro de los supuestos de una ley que contempla sólo enfermedades, y por lo tanto impedimentos, de carácter temporal).

Por lo tanto, no caben dudas que consagrar impedimentos eugenésicos de carácter perpetuo violenta la letra y el espíritu de las leyes en juego y de esta Convención, afectando los principios de igualdad y no discriminación, y atentando contra la libertad individual y el derecho a casarse. En consecuencia, la exigencia de no estar infectado del virus HIV es una condición discriminatoria para contraer matrimonio.

(907) El mal que quería controlar el legislador de 1936 era principalmente la sífilis. De hecho, el examen prenupcial se limitó siempre a la reacción de Wassermann, que tiene por fin detectar la existencia de esta enfermedad.

En concordancia, la jurisprudencia determinó que *“ninguna persona afectada por el síndrome de inmunodeficiencia adquirida podrá ser privada de derechos que le serían reconocidos en el caso de no encontrarse enferma del citado mal. Si esta distinción opera, entonces la misma debe ser considerada como discriminatoria e inaceptable por contraproducente en referencia a la doctrina básica de los derechos humanos”* (908).

Respecto del resguardo del contagio a personas sanas, existen hoy en día la información y los métodos suficientes como para prevenir el contagio entre cónyuges. Si bien es cierto que dicha información no es conocida por toda la población, debería ser suministrada fehacientemente por el Estado, no sólo en los casos en que uno de los contrayentes estuviera infectado sino a la sociedad toda, por cuanto la mejor prevención es la información y la educación.

A su vez, los avances científicos permiten cumplir con los fines eugenésicos. Las posibilidades de contagio de Sida entre una madre y su hijo son aproximadamente un 30%. Pero si una embarazada realiza el test de Elisa al comienzo de su embarazo e informa de su enfermedad, con un tratamiento adecuado y cuidados especiales durante el parto, las posibilidades de que el niño nazca infectado con el virus HIV se reducen a sólo un 2%.

Por último, no parece razonable discriminar a los portadores del virus HIV para combatir su infección, dejándolos excluidos del marco tuitivo que brinda el matrimonio en muchos aspectos.

Por lo tanto, el ser portador o enfermo del HIV no constituye impedimento para la celebración del matrimonio, razón por la cual no es posible considerar como causal de nulidad el encontrarse infectado uno de los cónyuges.

En igual sentido se ha pronunciado la doctrina y jurisprudencia en el derecho comparado al sostener que si bien es dable considerar el Sida como una enfermedad venérea, las características de la misma y su tipicidad hacen que la nulidad en estos casos se decrete teniendo en mira el peligro que ha sido disimulado o el ocultamiento de una conducta socialmente reprochable y no el hecho de la infección en sí misma (909).

De todo lo expuesto surge la importancia de conocer si uno o ambos contrayentes son portadores del virus HIV, no por constituir un impedimento matrimonial sino para que —a través de la información y orientación profesional— los futuros cónyuges conozcan las precauciones que deberán adoptar para no contagiar a su pareja o a sus hijos (910).

(908) *M. Q., F. y otra*, JCiv. y Com. Mar del Plata N° 5, 30/09/91, LL 1991-E, 464.

(909) MINYERSKY, NELLY, “El derecho de familia frente al Sida”, RDF 1992-8-89.

(910) En la actualidad se incluye en los análisis prenupciales el ofrecimiento del análisis de VIH.

El matrimonio entre contrayentes del mismo sexo

Hemos señalado que los contrayentes deben cumplir con las condiciones dispuestas por las leyes internas, pero éstas no deben afectar el principio de no discriminación consagrado en esta Convención.

Frente a ello, cabe preguntarse si el requisito establecido por nuestra legislación respecto del diferente sexo de los contrayentes violenta el principio de no discriminación.

Más allá de los argumentos que puedan sostenerse sobre el tema y que exceden los fines del presente trabajo, es importante recordar que no surge de la Convención la existencia de un modelo único de familia, por lo que es posible extender su ámbito protectorio a las uniones entre personas del mismo sexo. Y si bien el presente artículo reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio, no especifica que necesariamente deba ser entre sí.

Ello es congruente con la terminología utilizada en la redacción del artículo, ya que en los incisos 3 y 4 no aparecen consideraciones de género, debido a la utilización de las palabras “contrayentes” y “cónyuges”.

V. El consentimiento matrimonial

La exigencia establecida de libre y pleno consentimiento matrimonial se encontraba ya establecida en nuestra legislación interna (art. 172 C.C.), que además instituye en concordancia que no es jurídicamente exigible la promesa de matrimonio y es anulable el contraído con los vicios de violencia, dolo o error sobre la persona del otro contrayente o sobre sus cualidades personales (arts. 165, 175 y 220, inc. 4 C.C.).

El consentimiento —conformidad de voluntades entre los contrayentes— existirá en el caso del matrimonio cuando los cónyuges quieran tomarse con reciprocidad como marido y mujer.

El precepto convencional requiere que el consentimiento de los contrayentes sea —además de libre— pleno. Dicho requisito importa rechazar la sujeción de la voluntad a modalidad alguna, tales como plazos, condiciones o cargos.

Cabe aclarar que el consentimiento matrimonial tiene características específicas según lo ha entendido nuestra jurisprudencia, que ha dispuesto que no puede exigirse del cónyuge que ha sufrido el error o el engaño mayores precauciones que las que adoptaría una persona de común diligencia en situación semejante, pues ni la ley ni la prudencia mandan que los prometidos sean escépticos o incrédulos ni que agoten los medios de información (911).

(911) Cámara de Apelaciones en lo Civil, Sala “A” en *F.I.A.M. c/ C.E.J. s/ nulidad de matrimonio*, 09-08-96, tomado del plenario publicado en LL 48:469.

Así, por ejemplo, nuestros Tribunales han sostenido que el consentimiento resulta viciado de error esencial y excusable cuando uno de los contrayentes propone matrimonio con consagración por la Iglesia de la que el otro contrayente es ferviente, negándose posteriormente a efectuar la ceremonia religiosa (912).

De la misma manera, se ha calificado de omisión dolosa el ocultamiento de haber sido procesado por robo y hurto o por adicción a los estupefacientes al extremo de padecer las sanciones del art. 482 del C.C., no pudiendo reprocharse la actitud del otro contrayente por ser una circunstancia excepcional (913). Piénsese que de otra manera la conducta diligente requerida al contrayente debería consistir en solicitar a los Registros de Régimen Penal y Carcelario informes sobre el otro contrayente.

En los casos analizados se ha decretado la nulidad de los matrimonios. Pero cabe destacar que en algunos supuestos dicha sanción puede ser acompañada por una condena que busque resarcir el daño moral sufrido por quien fue víctima del dolo ejercido por su cónyuge para obtener su consentimiento matrimonial. En dichas circunstancias es necesario ponderar la situación de violencia padecida, pudiendo operar la condena como un justo resarcimiento por las angustias y afecciones comprometidas (914).

VI. Igualdad de los cónyuges durante el matrimonio

El inciso 4º impone al Estado el deber de adoptar medidas para asegurar la equiparación del hombre y de la mujer como titulares de las relaciones jurídicas familiares, tanto respecto de los derechos como de las responsabilidades, durante el matrimonio y una vez disuelto éste.

El Estado, a través de significativas reformas, ha ido adecuando nuestra legislación a esta exigencia de igualdad jurídica que hoy, en líneas generales, es respetada por el derecho interno (915).

Así, con la sanción de la ley 23.515 han desaparecido estipulaciones claramente discriminatorias como la facultad del marido de fijar la residencia conyugal y el correlativo deber de la mujer de seguirlo. Da la misma manera, el uso del apellido del marido por la mujer ha dejado de ser obligatorio para

(912) *H. A., J. c/ D. A., M. s/ nulidad de matrimonio*, C. Nac. Civ., sala J, 09/04/1999.

(913) C. Nac. Civ., sala D, 25/08/2001 - *D., M. N. vs. R., O. P. s/nulidad de matrimonio*, RDF 2002-20-151

(914) CNCIV, Sala K, *G., L. c/ A., H. s/ Nulidad de Matrimonio*, 25/03/97, ElDial - AE55C.

(915) Este principio de igualdad es también exigido por la Convención sobre Eliminación de Todas las Normas de Discriminación Contra la Mujer, la cual en su art. 15, inc. 1, prescribe que los Estados partes reconocerán a la mujer igualdad con el hombre ante la ley.

pasar a ser optativo, tanto para la mujer casada como para la separada legalmente (916).

Un caso manifiesto de discriminación lo constituía el art. 1276, párr. 2º del Cód. Civil, que atribuía al marido la administración y disposición de los bienes cuyo origen no se puede determinar o la prueba a cuyo respecto fuere dudosa. En concordancia con lo establecido por la Convención en análisis, dicha atribución fue sustituida por una administración y disposición conjunta del marido y la mujer (917).

Sin embargo, aún quedan algunas disposiciones que serían incompatibles con el mandato convencional, inmediatamente operativo según interpretación de la Corte Suprema (918).

El caso de la legitimación activa en la acción de impugnación de la paternidad matrimonial

Un supuesto de incompatibilidad que sigue generando importantes discusiones doctrinarias es el de la legitimación activa en la acción de impugnación de la paternidad matrimonial, donde la madre queda excluida por sí y aun por el hijo para demandar la impugnación de la paternidad del esposo.

La Corte Suprema ha tenido la oportunidad de expedirse al respecto en un fallo del año 1999 (919). En el mismo, la mayoría sostuvo que el art. 259 del Cód. Civil que atribuye al marido la acción de impugnación de la paternidad, no se funda en un privilegio masculino sino que suministra al marido la vía legal para destruir una presunción legal, que no pesa sobre la mujer, pues su maternidad queda establecida por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido —art. 242 del Cód. Civil—, a fin de que el sujeto sobre quien opera la presunción tenga la posibilidad de desvirtuar que sea el padre del hijo de su esposa nacido dentro de los términos que fija la ley.

Otro de los argumentos vertidos por la Corte para justificar la negación de legitimación activa de la madre fue que la misma no produce efectos definitivos sobre la filiación impugnada, ya que dicha acción queda abierta al principal interesado, que es precisamente el hijo.

Sin embargo, ha de entenderse que estos fundamentos no son suficientes para lograr evitar la colisión que se produce al efectuar el control de consti-

(916) Sobre este tema ver GARCÍA MELE, HORACIO N., “Apellido de la mujer casada”, en JORGE A. URIARTE (Coord.), *op. cit.*, pág. 393.

(917) La ley 25.781 sustituyó el art. 1276 párr. 2º del Cód. Civil que quedó redactado de la siguiente manera: “Si no se puede determinar el origen de los bienes o la prueba fuere dudosa, la administración y disposición es conjunta del marido y la mujer. El juez podrá dirimir los casos de conflicto”.

(918) LL 1992-C, 543.

(919) *D. P. V., A. c. O., C. H.*, CSJN, 01/11/99, LL 2000-B, pág. 24.

tucionalidad entre la norma de derecho interno aplicable y la de fuente convencional analizada.

En efecto, de acuerdo a la limitada legitimación conferida por el art. 259 del Cód. Civil, la madre y su cónyuge no encuentran asegurados sus derechos en condiciones de igualdad, teniendo en cuenta que éste puede impugnar tanto su paternidad como la maternidad de la mujer.

En este sentido, resulta plausible el voto en disidencia de los doctores Petracchi y Bossert en cuanto a que “*negar la acción de impugnación de la paternidad matrimonial a la madre, implica sostener una ficción, ya que la acción del hijo normalmente sólo podrá fundarse en el conocimiento de los hechos que la madre posee, dependiendo tal acción de la decisión de ésta que proporciona los elementos para actuar*”.

Pues, no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva a la dignidad humana. Existen ciertas desigualdades de hecho que pueden traducirse en desigualdades justificadas de tratamiento jurídico, que expresen una proporcionada relación entre las diferencias objetivas y los fines de la norma (920). Sin embargo, la distinción que efectúa la norma interna es arbitraria porque carece de fundamento válido, por lo que resulta discriminatorio reconocer la acción de impugnación a sólo uno de los cónyuges. Además, atentar contra el derecho de identidad del niño nunca puede resultar proporcional al fin de alguna norma, no sólo por su manifiesta contradicción con la presente Convención y con otros Tratados internacionales como la Convención sobre los Derechos del Niño, sino también por los perjudiciales efectos que se producirían en la vida del menor.

Es por ello que no logra su cometido la Corte Suprema al tratar de justificar el trato desigual entre el hombre y la mujer apelando al argumento de “*preservación del valor institucional de la familia legítima*”. En efecto, y siguiendo a Gil Domínguez, cabe preguntarnos qué clase de familia desea custodiar la Corte, ya que parecería ser la basada en la etiqueta del mero formalismo y la cimentada en la hipocresía. Sin dudas, el derecho debe tener muy en cuenta la realidad social y la naturaleza humana a la hora de tomar decisiones en donde se vea involucrada la fidelidad sexual (921).

Asimismo, es importante destacar que la norma interna atenta también contra el derecho de identidad del niño y la posibilidad de conocer su realidad biológica, lo que no puede ser pasado por alto. Sobre la importancia de

(920) Corte IDH, Opinión consultiva OC-4/84, *ya cit.* párrs. 56 a 58.

(921) GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, “¿Existe una familia basada en la hipocresía? La discriminación prevista en el artículo 259 del Código Civil y un fallo de la Corte Suprema que llama a la reflexión”, LL 2000-B, 24. En contra de esta postura, ver MAZZINGHI, JORGE ADOLFO, “Derecho de la mujer a impugnar la paternidad del marido: un fallo elogiado de la Corte”, ED, 21 de diciembre de 1999.

este punto, la Corte Suprema ha sostenido que “(...) resulta imperioso que la menor tome conocimiento de su verdadera realidad biológica...” (922).

En el mismo sentido, el Juez Petracchi sostuvo en Sejean que “*Reviste capital importancia la situación traumática que se genera en los procesos de ocultamiento al niño de su verdadera identidad... la necesidad del niño de ir configurando su propia historia sostenido por los adultos es sustituida por la necesidad de los adultos que los lleva a imponer al niño una construcción mentirosa de su identidad...*” (923).

La Convención sobre los Derechos del Niño contempla expresamente en sus artículos 7 y 8 el derecho a la identidad del niño y en particular el derecho a conocer su realidad biológica.

Así la identidad y conveniencia del menor, quedan protegidas por normas de las convenciones citadas, de jerarquía constitucional, y sólo hallarían plena tutela a través del reconocimiento de la acción a ambos progenitores —no sólo al padre como lo dispone el art. 259 Cód. Civil—, ya que puede ser ejercida aun antes de que el niño cuente con discernimiento para los actos lícitos (art. 921, Cód. Civil), permitiéndose así la efectiva protección en todo tiempo de su identidad, obteniendo un incuestionable beneficio si sucede en la infancia la desvinculación con quien no es el padre biológico.

Si bien es cierto que el hijo puede impugnar dicha paternidad matrimonial, no es menos cierto que cuando lo haga, el niño ya habrá adquirido una identidad familiar en relación con su vínculo paterno-materno-filial existente. El daño y las consecuencias devienen que la ley haya convalidado y mantenido una ficción basada en la mentira, en lo que respecta a su realidad biológica (924).

Por lo tanto, de acuerdo a lo expresado, ha de considerarse que la norma interna analizada resulta manifiestamente contradictoria con la presente Convención y con otros Tratados internacionales como la Convención sobre los Derechos del Niño.

VII. Igualdad de los cónyuges una vez disuelto el matrimonio. Protección de los hijos

En lo referente a los derechos de los cónyuges una vez disuelto el matrimonio, la legislación respeta la exigencia de igualdad jurídica y, en general, no efectúa discriminaciones entre los cónyuges.

(922) CSJN, *S.C. s/ adopción*, 2005, Fallos, 328:2870.

(923) CSJN, *Sejean, Juan Bautista c/ Ana María Zaks de Sejean*, 1986, Fallos 308:2268.

(924) SOLARI, NÉSTOR, “En busca de la verdad biológica (Acercas de la inconstitucionalidad del art. 259 CCiv.)”, JA 2004-III-408.

Sin embargo, existen dos supuestos en nuestra legislación vigente que serían incompatibles con los principios de la Convención.

El caso de la nuera viuda sin hijos

El art. 3576 bis del Código Civil otorga a la viuda sin hijos que permanece en ese estado el derecho a concurrir a la sucesión de los suegros con una cuarta parte de los bienes que le hubieran correspondido a su esposo, no reconociéndole al yerno dicho derecho.

Esta diferenciación descontextualizada (la norma no distingue si la nuera tiene o no bienes ni su situación económica en general) está fundada sólo en razones de sexo, por lo que es discriminatoria del hombre y por lo tanto inconstitucional.

Cabe advertir que un viudo sin bienes y con bajos ingresos no contaría con este beneficio, del que puede gozar una viuda con bienes de fortuna y altos ingresos. En ese sentido, el sistema debería contemplar sólo la posición económica del cónyuge sobreviviente y no si es el marido o la mujer, respetando su igualdad jurídica.

La prioridad legal de la madre sobre la tenencia del hijo menor de cinco años

La preferencia materna en el cuidado de los hijos menores de cinco años es un principio rector dentro de nuestra legislación, que establece en el artículo 206 del Código Civil que: "Los hijos menores de 5 años quedarán a cargo de la madre, salvo causas graves que afecten el interés del menor..."

Es decir, opera un presunción *juris tantum* que el interés superior del menor es resguardado al mantenerlo unido a su madre. Esto puede interpretarse como una inversión de la carga de la prueba en contra del padre, quien tiene que demostrar la inaptitud de la madre para ejercer el cuidado del menor.

Sin embargo, para gran parte de la doctrina, la prioridad legal al momento de otorgar la tenencia del hijo menor de cinco años en favor de la madre se encuentra justificada en el especial vínculo que mantienen ambos durante dicho período, por lo que no sería una discriminación hacia el padre, quien ante causas graves que lo ameriten puede obtener un cambio en la tenencia (925).

Los argumentos que se han sostenido para justificar esta preferencia se basan en la necesidad de lactar de los niños y que los cuidados maternos son

(925) Por ejemplo, ZANNONI sostiene que respecto de los hijos de corta edad, debe partirse de la presunción de que es la madre quien normalmente está en mejores condiciones para ejercer la guarda y asumir la educación y dirección. ZANNONI, EDUARDO A., *Derecho civil. Derecho de Familia*, T. 2, Buenos Aires, Astrea, 1993, pág. 182.

insustituibles, siendo por naturaleza la madre la más idónea para cubrir las necesidades físicas y formativas del niño.

Frente a dicha postura, Grosman sostiene que en una futura legislación debería suprimirse la preferencia materna pues no resulta conveniente una formulación abstracta y general, debiendo los jueces adoptar decisiones teniendo en cuenta la conveniencia del niño en cada caso singular, sin exclusiones discriminatorias *a priori* (926).

Sin lugar a dudas, la incorporación de la mujer al mercado laboral y las variaciones que ha sufrido la estructura de la familia obligan a replantear esta preferencia y su análisis respecto a su carácter discriminatorio.

Así, se ha sostenido que “*no puede mantenerse legislativa y jurisprudencialmente la preferencia materna en el cuidado personal de los hijos e hijas que tuvieren menos de 5 años. Dicha preferencia únicamente tiene basamento cultural en el estereotipo del rol materno, sin que puedan atribuirse sólidos sustentos biológicos o psicológicos*” (927), por lo que resultaría una pauta discriminatoria para el padre.

De la misma forma, puede sostenerse que la preferencia materna podría tener el efecto de fortalecer el rol de la mujer como ama de casa y su dependencia económica del marido. Por lo tanto, en algunas circunstancias esta pauta podría resultar también discriminatoria para la madre, y siempre sobre la base del sexo.

Más allá de su propia relevancia, la importancia del tema radica en que la posición que se tome respecto de esta cuestión —sobre todo si la misma se basa en consideraciones de tipo biológicas— será esencial a la hora de adoptar una posición sobre otro de los temas más debatidos y cuestionados en la doctrina: la posibilidad que las uniones formadas por personas del mismo sexo puedan o no adoptar, y en su caso bajo que condiciones o modalidades.

En efecto, si se considera fundamental el rol materno en los primeros años de vida del niño por sus funciones parentales de cuidado, afecto y orientación, será difícil sostener la posibilidad, por ejemplo, que una familia conformada por dos hombres pueda adoptar un bebe en período de lactancia, ya que no se estaría respetando el interés superior del niño.

(926) GROSMAN, CECILIA, “El derecho infraconstitucional y los derechos del niño”, pto. VIII. 4, pág. 245, ponencia presentada en el Congreso Internacional sobre “La persona y el derecho en el fin de siglo”, Comisión III: “Derecho de Familia”, Santa Fe, 1996.

(927) MORENO, GUSTAVO D., “La eliminación de la preferencia materna en el cuidado personal de niños y niñas de corta edad”, Derecho de familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, Vol. 16, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000, pág. 119 y ss.

Por el contrario, si la postura se centra en neutralizar posibles situaciones de desamparo y cubrir adecuadamente las necesidades de los hijos, no existirían mayores obstáculos para sostener la posibilidad de adopción en el caso mencionado en el párrafo anterior (928).

Lo cierto es que la profundidad que requiere el tema en análisis y las variantes que admite exceden los fines del presente trabajo.

Baste con decir que el principio de no discriminación y el fomento de la responsabilidad de ambos progenitores hacia sus hijos (cuya protección no puede menguar no obstante la ruptura conyugal) establecidos en la Convención, parecieran evidenciar la necesidad de colocar en un pie de igualdad el ejercicio de la maternidad y el ejercicio de la paternidad, eliminando cualquier tipo de preferencia *a priori* y adoptando un criterio rector para la atribución de la tenencia basado en el interés superior del niño.

VIII. Igualdad de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales

Sin lugar a dudas, el matrimonio es una institución importante dentro de la Convención en lo que se refiere a la familia. Pero de ello no se deduce que las uniones de hecho y la procreación fuera del matrimonio no den lugar a vínculos que definen también la existencia de una familia que no puede dejar de ser tutelada. En este contexto, el inciso 5 establece que la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

Nuestro país, a partir de la Ley 23.264 de 1985 modificó el art. 3593 del Código Civil que establecía la diferencia de derechos sucesorios entre los hijos legítimos y los ilegítimos. Así, con la modificación de la norma discriminatoria interna, nuestra legislación se adecuó a los parámetros convencionales.

(928) Algunos psiquiatras especialistas en infancia han intentado demostrar que lo que el menor necesita no es *una madre*, sino de alguien que le provea amor, confianza, protección, cuidado, control y guía (“mothering”). La habilidad de una persona en lograr esto no dependería necesariamente del sexo del progenitor.

LA CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y SU PROYECCION EN EL DERECHO ARGENTINO



DIRECTOR

ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA

AUTORES

CRISTINA ADÉN, ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA,
JORGE AMOR AMEAL, CAROLINA S. ANELLO,
MARÍA ELEONORA CANO, AYELEN ARGELIA CASELLA,
JOSEFINA COMUNE, SANTIAGO EYHERABIDE, DIEGO FREEDMAN,
AGUSTINA FREIJO, SANTIAGO J. GARCÍA MELE, LUCAS GUARDIA,
SONIA SOLEDAD JAIMEZ, JESSICA MOIRA KAWON,
FEDERICO LAVOPA, PABLO LEPERE, DANIEL LEVI,
NATALIA M. LUTERSTEIN, ANGELINA GUILLERMINA MEZA,
MARIÁNGELES MISURACA, DIEGO M. PAPAYANNIS,
NICOLÁS M. PERRONE, ROMINA VERÓNICA PETRINO,
MARÍA LUISA PIQUÉ, LUCIANA T. RICART,
VANESA FLAVIA RODRÍGUEZ, SHUNKO ROJAS,
SEBASTIÁN SCIOSCIOLI, FEDERICO THEA,
LEONARDO TOIA, ALEJANDRO TURYN



LA LEY

Alonso Regueira, Enrique M.
Convención Americana de Derechos Humanos y su
proyección en el Derecho Argentino.. - 1a ed. - Buenos Aires :
La Ley; Departamento de Publicaciones de la Facultad de
Derecho, 2013.
608 p.; 24x17 cm.

ISBN 978-987-03-2415-7

I. Derecho Público. I. Título
CDD 340.9

Copyright © 2012 by Facultad de Derecho U.B.A. Av. Pte.
Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB) Buenos Aires

Copyright © 2012 by La Ley S.A.E. e I.
Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires

Impreso en la Argentina

Todos los derechos reservados Ninguna parte de esta
obra puede ser reproducida
o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio electrónico o
mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación
o cualquier otro sistema de archivo y recuperación de información, sin
el previo permiso por escrito del Editor

Printed in Argentina

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723