

TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN
ABOGACÍA

**IMPEDIMENTOS MATRIMONIALES Y EL ANÁLISIS DE SU
CONSTITUCIONALIDAD DESDE UNA PERSPECTIVA DE DERECHOS
HUMANOS**

DANIEL ALEJANDRO DI GIUSEPPE

DNI: 33.761.484

LEGAJO: VABG66792



2019

RESUMEN

El trabajo abordará la temática de los impedimentos matrimoniales en la legislación civil actual, sus antecedentes históricos, sus fuentes directas e indirectas y el derecho comparado.

Se analizarán detalladamente cada una de las restricciones de acceso a la institución del matrimonio, planteando su constitucionalidad.

El estudio sobre si estos impedimentos son constitucionales o no se realizará en base a doctrina, jurisprudencia y análisis crítico de sus fuentes y fundamentos.

El trabajo es atravesado transversalmente por el concepto de una relectura de la legislación civil desde una perspectiva de Derechos Humanos que aporta la constitucionalización del derecho privado mediante la jerarquía constitucional de los tratados internacionales descritos en la Constitución Nacional.

Palabras clave: Matrimonio. Impedimentos matrimoniales. Efectos de los impedimentos. Tratados internacionales. Constitucionalidad. Derechos Humanos.

ABSTRACT

The work will address the issue of marriage impediments in current civil legislation, its historical background, its direct and indirect sources and comparative law.

Each of the restrictions on access to the marriage institution will be analyzed in detail, stating its constitutionality.

The study on whether these impediments are constitutional or not will be made based on doctrine, jurisprudence and critical analysis of their sources and foundations.

The work is traversed transversally by the concept of a rereading of civil legislation from a human rights perspective that provides for the constitutionalization of private law through the constitutional hierarchy of international treaties described in the National Constitution.

Keywords: Marriage. Marital impediments. Effects of the impediments. International deals. Constitutionality. Human rights.

INDICE GENERAL

Introducción.....	6
Capítulo 1: Nociones generales del matrimonio.....	9
Introducción.....	9
Definiciones de matrimonio.....	9
El Ius Connubii.....	10
Caracteres del matrimonio.....	12
Unidad.....	12
Monogamia y poligamia.....	12
Permanencia.....	13
Legalidad.....	13
Conclusión.....	14
Capítulo 2: Impedimentos matrimoniales. Régimen actual.....	15
Introducción.....	15
Requisitos del matrimonio.....	15
Impedimentos. Concepto y clases.....	16
Efectos de los impedimentos.....	18
Impedimentos en particular.....	18
Parentesco y afinidad en el CCyC.....	19
Impedimentos en Código Canónico.....	20
Aporte doctrinal en el CCyC.....	25
Impedimento de edad.....	27
Impedimento de ligamen.....	28
Impedimento de crimen.....	28
Privación de la razón.....	30
Conclusión.....	31
Capítulo 3: Problemáticas históricas y actuales con respecto a los impedimentos.....	32

Introducción.....	32
Consanguinidad y parentesco.....	32
Ligamen único.....	36
La poligamia y la religión.....	39
Catolicismo.....	39
Mormonismo.....	39
Islam.....	40
Hinduismo.....	40
Legalidad de la poligamia en el derecho comparado.....	40
Impedimento por afinidad. Antecedentes históricos.....	41
Conclusión.....	42
Capítulo 4: Jurisprudencia y derecho comparado con respecto al impedimento por afinidad.....	43
Introducción.....	43
Jurisprudencia.....	43
Evolución histórica y derecho comparado.....	48
Otros fallos en el derecho comparado.....	50
Conclusiones de la jurisprudencia argentina.....	51
Capítulo 5: Análisis crítico y conclusiones sobre la constitucionalidad de los impedimentos matrimoniales.....	54
Introducción.....	54
Dificultades y desafíos en el abordaje de la temática.....	54
Análisis crítico y conclusiones de los impedimentos en particular.....	55
Impedimento por consanguinidad.....	57
Impedimento por afinidad.....	58
Impedimento por matrimonio anterior.....	59
Impedimento de crimen.....	61
Impedimento por edad.....	62
Consideraciones finales.....	64
Bibliografía.....	65
Anexo 1.....	68

INTRODUCCIÓN

El Derecho de Familia y la legislación civil en Argentina, en los últimos 10 años, han sufrido modificaciones de gran magnitud y trascendencia que sin duda impacta en el desarrollo de la vida en sociedad de las personas y en sus relaciones interpersonales.

Como ejemplo de ello podría mencionarse, desde 2010, la aprobación de la ley 26.618, que eliminó la prohibición para que personas del mismo sexo pudiesen contraer matrimonio. Al reemplazarse en el Código Civil los términos “hombre y mujer” por el de “contrayentes”, se profundizó un proceso revolucionario en el Derecho de Familia, tal vez comenzado con la ley de divorcio vincular, donde se replantearon históricos y tradicionales conceptos inmutables e incuestionables.

El matrimonio, instituto entendido históricamente como la base de la sociedad civil y con muy fuertes connotaciones religiosas y tradicionales, sufría una modificación sustancial que hasta hace poco más de una década era totalmente impensada.

Con ésta ley se puso en debate social, con posterior eliminación, uno de los impedimentos más cruciales de la estructura histórica matrimonial, la diversidad de sexos.

Esto lleva a plantear ¿qué nivel de análisis hemos realizado como sociedad con respecto al resto de los impedimentos? Si uno tan importante como el derogado en 2010 fue previamente declarado inconstitucional en diversos fallos, ¿cuál es el sustento constitucional del resto de los impedimentos?

El nuevo Código Civil y Comercial, que incorpora una visión moderna e igualitaria en la mayoría de los institutos regulados, representa un gran avance en la legislación, que no sufría sustanciales modificaciones desde la ley 17.711.

Pero al mismo tiempo ha mantenido inalterados ciertos conceptos tradicionales del derecho civil, que no han formado parte de la discusión académica, doctrinaria, política o ideológica en torno al debate que produjo la unificación.

El paradigma de una relectura constitucional del Derecho civil, basado en una visión de los institutos desde la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional, pone en agenda un nuevo análisis profundo de la legislación actual. Esto fue plasmado en la convocatoria a una histórica comisión de reforma y así se llegó finalmente a la aprobación en 2014 de la unificación de los Códigos Civil y Comercial que rige a partir de enero de 2016.

Es posible afirmar que existe un universo de casos en la sociedad, históricamente invisibilizados, donde diversas parejas conviven, se relacionan y hasta tienen descendencia común, pero no pueden gozar de protección legal por haber un obstáculo que causaría una nulidad absoluta de un eventual matrimonio.

Poligamia. Matrimonio entre parientes. Vínculos indisolubles por afinidad. Impedimento de crimen. ¿Cómo han resuelto estas problemáticas en otras sociedades? Estas barreras para acceder al derecho del matrimonio, ¿responden al derecho natural, a los principios generales del derecho o bien a conceptos tradicionales basados en las religiones que las legislaciones civiles y los Estados laicos no se han planteado siquiera abrir en debate?

¿Todos los impedimentos en la ley argentina encuentran su fuente directa en la legislación canónica o bien existe una diversidad de fuentes y fundamentaciones?

Desde una perspectiva constitucional y supranacional de Derechos Humanos, ¿son constitucionales los impedimentos matrimoniales?

El presente trabajo de investigación, a través de sus diferentes capítulos, desarrollará las definiciones y caracteres esenciales del matrimonio, los impedimentos y sus fundamentos, los antecedentes históricos y finalmente se abordará la hipótesis central de si estos obstáculos

a la posibilidad de acceder a la institución del matrimonio civil son constitucionales o bien sería necesaria realizar una re lectura de los mismos desde una perspectiva constitucional y supranacional de Derechos Humanos.

La metodología utilizada a lo largo del trabajo se expresa de forma transversal en un análisis crítico de la institución matrimonial y todos sus componentes, sustentada en el estudio de la doctrina actual sobre el tema, el análisis histórico y de derecho comparado y finalmente en jurisprudencia tanto de Argentina como de otros países.

CAPITULO 1

NOCIONES GENERALES DEL MATRIMONIO.

Introducción.

El presente capítulo, introductorio a la temática específica, abordará las definiciones y conceptos generales del matrimonio civil, como parte preliminar para poder posteriormente adentrarse en un análisis más crítico no sólo de la institución sino principalmente de sus impedimentos. En este apartado se desarrollarán también las normativas internacionales que protegen el derecho de acceder al matrimonio, siendo centrales en vistas a la superioridad jerárquica de estas con respecto a las leyes nacionales. Finalmente se profundizará en los distintos caracteres del matrimonio y sus particularidades, dado que estos obran en parte como fundamentos de las limitaciones legales de acceso al instituto.

Definiciones de matrimonio.

Debido a las distintas consideraciones jurídicas, religiosas y morales, mutables en los diversos sistemas legales a lo largo de la historia, existe una dificultad en encontrar dos definiciones similares del término “matrimonio”.

Dentro de las más reproducidas por parte de los manuales tradicionales de derecho de familia, se encuentran conceptos históricos de Modestino, Justiniano, Portalis que plantean de forma similar la unión de un varón y una mujer en sociedad con fines principales de procreación, convivencia y vida en común.

En la doctrina nacional se han intentado varias definiciones de matrimonio pero el poder hacerlo con precisión ha sido una tarea en vano (Belluscio, 2002).

Lafaille (1999), por otro lado, elude toda definición, pero señala los diferentes sentidos de la palabra, lo que resultaría más útil.

Lo que sí coinciden los autores es que el matrimonio representa un estado de familia o vínculo jurídico familiar, desarrollado en un complejo de derechos y deberes que fija la legislación.

El Ius Connubii

El ius connubii es una expresión proveniente del Derecho Romano, que representa el derecho que tienen las personas a contraer matrimonio válido. En la actualidad se considera un derecho universal, que encuentra sus limitaciones en diversos requisitos e impedimentos, y que ha sido receptado en las legislaciones civiles de los países. (Viladrich, 2001, pág. 4)

En general en las normativas estatales se acepta que las personas mayores de edad puedan contraer matrimonio, habiendo excepciones previo consentimiento o dispensa judicial.

Por su parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos que en su artículo dispone 16 que los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. A su vez que sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio y que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

A su vez, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 23.2 dispone que “se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello”. (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2019)

Finalmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos recoge el ius connubii en su artículo 17.2, expresando que “Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no

discriminación establecido en esta Convención”. (Organización de los Estados Americanos, 2019)

Es destacable mencionar cómo en un tratado internacional se plantea la idea de la no discriminación en el acceso al derecho del matrimonio, dando lugar a lo que fue el debate en distintos ordenamientos jurídicos del denominado matrimonio igualitario, es decir, entre personas del mismo sexo.

Esta normativa supranacional es aludida a los fines de explicitar que el matrimonio como acto jurídico y como institución encuentra sus fundamentos actuales más allá de conceptos tradicionales de la unión de un hombre y una mujer con fines de procreación, sino que hoy se plantea la idea de acceder a un derecho de tener la propia familia, entendida esto en un sentido mucho más amplio y que los nuevos conceptos de matrimonio deben acompañar.

Es innegable que hoy la unión emocional y física en determinado lugar de personas ligadas por sangre como pueden ser abuelos o abuelas con nietos o hasta con personas que no son de un vínculo consanguíneo, forman verdaderas familias, que superan los conceptos tradicionales de núcleo familiar de hombre-mujer-hijos.

El *Ius Connubii* justamente es un derecho que, releído en vistas a la legislación internacional vigente, podría funcionar como fundamento a posibles planteos judiciales que eventualmente derriben impedimentos para que determinadas personas puedan contraer matrimonio.

Se entiende que la regla debería ser la permisión del matrimonio, y la excepción el impedimento. Si bien en la normativa vigente esto en principio es así, habría casos que serán abordados más adelante que, al encontrar sólo un fundamento canónico, se estaría tal vez violando este principio general de la amplitud del derecho. Un ejemplo de esto podría ser el impedimento por afinidad luego de disuelto el vínculo jurídico matrimonial anterior, o hasta, por qué no, la propia poligamia.

Caracteres del matrimonio.

El matrimonio actual como institución está enmarcado en una serie de caracteres que varían según los autores. Acorde a Belluscio (2003) estos son la unidad, la monogamia, la permanencia y la legalidad.

Unidad

La unidad está dada por la comunidad de vida al que son sometidos los contrayentes como consecuencia del vínculo que los liga.

Históricamente se ha planteado como parte de esta unidad también la visión económica.

En la legislación actual argentina existe la posibilidad de optar por un régimen de comunidad de bienes, que representa la forma tradicional de matrimonio, o bien por el sistema de separación de bienes. Pero el carácter de unidad que representa, valga la redundancia, la unión entre dos personas, continúa aún vigente. Es el sustento máximo tal vez del matrimonio, la unión. Por esto mismo más allá de que se opte por un régimen de separación de bienes, la legislación actual procura que la adopción de las decisiones más trascendentes se haga de común acuerdo entre esponsales.

Monogamia. La poligamia como impedimento.

Otro de los caracteres del matrimonio, que es a veces confundido o interpretado según un criterio canónico con el primer carácter de la unidad, es la monogamia.

La monogamia implica la unión de una sola persona con otra sola, independientemente de su sexo o género. Es decir, excluye de toda forma la poligamia (unión de un varón con varias mujeres), y de la poliandria (unión de una mujer con varios varones), o bien del

matrimonio entre un grupo de hombres y otro de mujeres. Esta exclusión es la que rige en el sistema argentino.

De forma generalizada en la mayor parte del mundo, el matrimonio tiene un carácter monogámico, con excepciones en algunos países árabes con fuerte arraigo de la religión musulmana como son Arabia Saudita, Emiratos Árabes Unidos o en otros países de África.

Plantear que en un país determinado, enmarcado en una civilización ya sea oriental u occidental, la poligamia se permita o no, responde más a valores culturales, sociales y religiosos que tal vez a situaciones concretas a regular en un código de la vida civil de los ciudadanos.

Permanencia

Otro de los caracteres que posee la figura del matrimonio es la del ser permanente (o perdurable, o estable).

Este concepto se ha ido flexibilizando a lo largo de los años, desde donde históricamente se planteó la idea de la excepcionalidad de la disolución, poseyendo una estabilidad asegurada por ley.

El nuevo Código Civil y Comercial, que elimina barreras para acceder al divorcio vincular y permita que el mismo se solicite sin mediar una causa, pone en jaque la perdurabilidad de este carácter que ha sido esencial a lo largo de la historia de esta institución.

Legalidad.

En cuanto a este carácter, es necesario considerarla desde dos puntos de vista. Por un lado el matrimonio-acto donde la relevancia se encuentra en la celebración de las nupcias según las formas impuestas por la ley.

En segundo lugar, como matrimonio-estado porque los derechos y deberes que de él surgen forman un estatuto legal forzoso, del cual los contrayentes no se pueden apartar hasta su disolución.

Conclusión

Como pudo establecerse, el matrimonio es una institución histórica, social, civil, religiosa, cultural, de difícil definición y de diverso abordaje. Pero existen conceptualizaciones que efectivamente rigen este instituto desde, justamente la legislación y el derecho positivo. A su vez existen normas supranacionales que ejercen una protección y que, preliminarmente, permitirían un análisis de esta rama del derecho de familias, desde una visión supranacional.

A su vez analizando los caracteres, se puede establecer como síntesis que los mismos han son variables y no absolutos, dado que al igual que la definición misma del matrimonio, no responden al derecho natural e inmutable, sino todo lo contrario, se ha demostrado su adaptabilidad dependiente de diversos factores a lo largo de la historia de la humanidad.

CAPÍTULO 2

IMPEDIMENTOS MATRIMONIALES. RÉGIMEN ACTUAL.

Introducción

El presente capítulo tiene el objetivo de plantear el régimen actual argentino con respecto a los diversos impedimentos para acceder al instituto del matrimonio. En una primera instancia se plantearán los requisitos de fondo y de forma de la institución dado que son, a partir de éstos, que surgen naturalmente la mayoría de las restricciones objeto del presente trabajo.

En una segunda oportunidad se profundizará en cada impedimento y su régimen legal que lo acompaña, siendo menester en ocasiones aclarar y reforzar sus antecedentes históricos y religiosos.

Más allá del análisis específico de la letra de la legislación civil, se acompañarán aportes doctrinarios, principalmente en el subtema de efectos de los impedimentos.

Requisitos del matrimonio.

Para que exista matrimonio válido y lícito es necesaria la reunión de requisitos intrínsecos o de fondo y extrínsecos o de forma.

Los requisitos intrínsecos son la ausencia de impedimentos, el consentimiento de las partes y hasta 2010, la diversidad de sexo. Pero su falta no tiene en todos los casos iguales consecuencias. Así la falta de consentimiento da lugar a que no exista matrimonio; la configuración de ciertos impedimentos y los vicios del consentimiento, a que sea anulable; y la de otros impedimentos, simplemente a la ilicitud, que puede derivar en otro tipo de sanciones.

En cuanto a los requisitos extrínsecos, si no se trata del fundamental, esto es, que el consentimiento sea otorgado ante el oficial público determinado por la ley -cuya ausencia provoca la inexistencia del matrimonio-, su falta de cumplimiento tampoco puede fundar la anulación del matrimonio, según la posición doctrinal mayoritaria.

Impedimentos. Concepto y clases.

Como bien se adelantó en el apartado anterior, los impedimentos son hechos o situaciones que importan un obstáculo para la celebración del matrimonio.

La ley (referida al Código Civil y Comercial), desde una visión de favorecer la celebración de matrimonios, fija en lugar de requisitos positivos de habilitación para contraerlo, parte del principio de que todas las personas están, en principio, facultadas para celebrarlo, salvo las que se encuentren en situaciones excepcionales expresamente previstas. Los impedimentos legales se encuentran taxativamente enumerados e iría contra el propio espíritu de la ley una ampliación interpretativa de los mismos.

Tal como expresara Borda (1993) los impedimentos matrimoniales pueden ser clasificados según diversos criterios: por la índole de la sanción a que da lugar su inobservancia, se clasifican en dirimentes e impeditivos o prohibitivos, expresiones que históricamente no utilizaba la ley argentina, pero que se la había tomado del derecho canónico y de la doctrina de países que legislaron el matrimonio civil con anterioridad al nuestro. Fue incorporado el concepto de dirimente en el CCyC vigente.

Impedimentos dirimentes son:

Aquellos cuya violación habilita al ejercicio de la acción de nulidad del matrimonio; impedimentos prohibitivos son aquellos cuya violación no da lugar a dicha sanción, sino que se resuelven en sanciones de otro tipo, o bien cumplen sólo una función preventiva, de modo que si bien el oficial público que los

conoce debe negarse a autorizar la celebración del matrimonio, una vez contraído ninguna consecuencia jurídica produce su inobservancia. (Borda, 1993, p. 210)

Por las personas respecto de las cuales se aplican, pueden ser absolutos o relativos. Son absolutos los que obstan a la celebración del matrimonio con cualquier persona, como la falta de edad legal, y relativos los que sólo representan un obstáculo con respecto a personas determinadas, como el parentesco.

Por el tiempo de vigencia, se dividen en perpetuos y temporales. Los perpetuos no están destinados a desaparecer por el transcurso del tiempo, como los derivados del parentesco. Los temporales están sujetos a extinción por el transcurso de un plazo cierto o incierto. Ejemplos de impedimentos temporales de plazo cierto serían la falta de edad legal o la disolución del matrimonio durante la minoridad, y de temporales de plazo incierto, el matrimonio anterior subsistente, que cesa por la muerte del cónyuge.

Finalmente, pueden ser dispensables o indispensables. "Dispensables son los que pueden ser removidos mediante la autorización de contraer matrimonio (dispensa) otorgada por determinada autoridad; los indispensables no pueden ser removidos de manera alguna. La dispensa es una institución originada en el derecho canónico que de este derivaron algunas leyes civiles". (Borda, 1993, pág. 222)

En el texto originario de nuestra ley de matrimonio civil la dispensa no existía, pero lo introdujo -con relación a la falta de edad legal- el art. 14 de la ley 14.394 y lo mantuvo la ley 23.515 y el actual Código Civil y Comercial de la Nación.

En otras legislaciones existen otros supuestos más amplios de impedimentos dispensables, tales como ciertos grados de parentesco.

Efectos de los impedimentos.

Según Rivera, los efectos de los impedimentos matrimoniales son los siguientes:

a) La oposición a la celebración del matrimonio sólo puede tener por motivo la existencia de impedimentos; también puede tener lugar, sobre la base de los impedimentos dirimentes, la denuncia de su existencia al oficial público.

b) El oficial público que tiene conocimiento de la existencia de un impedimento, sea dirimente o impediante, debe negarse a celebrar el matrimonio.

c) La nulidad del matrimonio en el caso de los impedimentos dirimentes, y sanciones diversas en los impedientes.

d) El Código Penal tipifica en los arts. 134 a 137 los delitos de matrimonios ilegales (capítulo I del título "Delitos contra el estado civil"), varios de los cuales están dados por la celebración a pesar de la existencia de impedimentos. (Rivera, 2004, p. 313)

Impedimentos en particular.

Estos se encuentran enunciados en el Art. 403 del Código Civil y Comercial.

Impedimentos matrimoniales. Son impedimentos dirimentes para contraer matrimonio:

a) el parentesco en línea recta en todos los grados, cualquiera que sea el origen del vínculo.

b) el parentesco entre hermanos bilaterales y unilaterales, cualquiera que sea el origen del vínculo.

- c) la afinidad en línea recta en todos los grados.
- d) el matrimonio anterior, mientras subsista.
- e) haber sido condenado como autor, cómplice o instigador del homicidio doloso de uno de los cónyuges.
- f) tener menos de dieciocho años.
- g) la falta permanente o transitoria de salud mental que le impide tener discernimiento para el acto matrimonial.

En el articulado anterior a la reforma del Código Civil se planteaba que la sordomudez también era una causal cuando el contrayente no sabía manifestar su voluntad en forma inequívoca por escrito u otra manera, Pero este claramente no era un impedimento sino una circunstancia demostrativa de la imposibilidad de manifestar consentimiento, por esto mismo fue eliminado de este apartado.

Parentesco y afinidad en el CCyC.

Los impedimentos de parentesco están enunciados en el artículo citado, en los incisos a y b, contemplando la consanguinidad entre ascendientes y descendientes sin limitación y la consanguinidad entre hermanos bilaterales o unilaterales.

Con respecto al inciso C, de afinidad, se discute si del matrimonio anulado deriva afinidad como impedimento matrimonial.

“Hay una solución mayoritaria, la negativa, fundada en que la anulación ha privado de sus efectos al matrimonio, y entre los efectos suprimidos está la afinidad. Cabe recordar que la solución es diferente en el derecho canónico, donde del matrimonio nulo deriva un

impedimento semejante a la afinidad, el de pública honestidad, pero que está establecido expresamente y separadamente de aquél (canon 1093)” (Córdoba, en Buere, p.60).

Una de las diferencias entre el régimen argentino y el canónico es que este último permite la dispensa en los casos no permitidos salvo los matrimonios en línea recta o hasta el segundo grado de colateral. En nuestro país sólo se reconoce la dispensa judicial por falta de edad y por falta de discernimiento. Esto será analizado en el apartado siguiente.

Con respecto a la afinidad ley argentina no ampara el matrimonio entre afines en línea recta, pero no hay obstáculo para la celebración con afines en línea colateral. Coincide esta solución con la de la nueva legislación canónica, que suprimió el impedimento de afinidad colateral (canon 1092), que en el anterior Código existía aunque era dispensable.

Tiene un carácter permanente y aparece tras la disolución del matrimonio anterior. Inclusive subsiste después de un nuevo matrimonio disuelto.

El parentesco y otros impedimentos en el Código Canónico.

Es fundamental el estudio y análisis de los impedimentos en esta normativa de la religión católica debido a que en la misma se encuentra la fuente directa de las barreras legales de nuestro país para poder acceder a la figura matrimonial. Entender las fuentes y el origen de las normas ayuda a dilucidar también su alcance y poner en debate su vigencia actual en un Estado laico.

Los incisos referidos a los impedimentos de consanguinidad y afinidad se encuentran establecidos en los siguientes cánones.

- Canon 1091 1º: En línea recta de consanguinidad, es nulo el matrimonio entre todos los ascendientes y descendientes, tanto legítimos como naturales. 2º En línea colateral, es nulo hasta el cuarto grado inclusive.

- Canon 1092: La afinidad en línea recta dirime el matrimonio en cualquier grado.
- Canon 1094: No pueden contraer válidamente matrimonio entre sí quienes están unidos por parentesco legal proveniente de la adopción, en línea recta o en segundo grado de línea colateral.
- Por otro lado el Código de Derecho Canónico establece en varios artículos su normativa respecto de esta temática con respecto a todos los impedimentos. De forma general establece que:
 - El impedimento dirimente inhabilita a la persona para contraer matrimonio válidamente. Se considera público el impedimento que puede probarse en el fuero externo; en caso contrario es oculto.
 - Compete de modo exclusivo a la autoridad suprema de la Iglesia declarar auténticamente cuándo el derecho divino prohíbe o dirime el matrimonio. Igualmente, sólo la autoridad suprema tiene el derecho a establecer otros impedimentos respecto a los bautizados.
 - Queda reprobada cualquier costumbre que introduzca un impedimento nuevo o sea contraria a los impedimentos existentes. Sólo la autoridad suprema de la Iglesia puede añadir a esta prohibición una cláusula dirimente.
 - Exceptuados aquellos impedimentos cuya dispensa se reserva a la Sede Apostólica, el Ordinario del lugar puede dispensar de todos los impedimentos de derecho eclesiástico a sus propios súbditos, cualquiera que sea el lugar en el que residen, y a todos los que de hecho moran en su territorio.

- Los impedimentos cuya dispensa se reserva a la Sede Apostólica son: el impedimento que proviene de haber recibido las sagradas órdenes o del voto público perpetuo de castidad en un instituto religioso de derecho pontificio; el impedimento de crimen. Nunca se concede dispensa del impedimento de consanguinidad en línea recta o en segundo grado de línea colateral.¹(Reyes Vizcaíno, 2012)

A su vez el mismo Código, en otro capítulo, aborda los impedimentos de forma particular, indicando que:

No puede contraer matrimonio válido el varón antes de los dieciséis años cumplidos, ni la mujer antes de los catorce, también cumplidos. Puede la Conferencia Episcopal establecer una edad superior para la celebración lícita del matrimonio.

La impotencia antecedente y perpetua para realizar el acto conyugal, tanto por parte del hombre como de la mujer, ya absoluta ya relativa, hace nulo el matrimonio por su misma naturaleza.

Si el impedimento de impotencia es dudoso, con duda de derecho o de hecho, no se debe impedir el matrimonio ni, mientras persista la duda, declararlo nulo.

La esterilidad no prohíbe ni dirime el matrimonio, sin perjuicio de lo que se prescribe en el c. 1098.

Atenta inválidamente matrimonio quien está ligado por el vínculo de un matrimonio anterior, aunque no haya sido consumado.

¹ Capítulo II, de los impedimentos dirimentes en general, Código de Derecho Canónico.

Aun cuando el matrimonio anterior sea nulo o haya sido disuelto por cualquier causa, no por eso es lícito contraer otro antes de que conste legítimamente y con certeza la nulidad o disolución del precedente.

Si al contraer el matrimonio, una parte era comúnmente tenida por bautizada o su bautismo era dudoso, se ha de presumir, conforme al c. 1060, la validez del matrimonio hasta que se pruebe con certeza que uno de los contrayentes estaba bautizado y el otro no.

Atentan inválidamente el matrimonio quienes han recibido las órdenes sagradas.

Atentan inválidamente el matrimonio quienes están vinculados por voto público perpetuo de castidad en un instituto religioso.

No puede haber matrimonio entre un hombre y una mujer raptada o al menos retenida con miras a contraer matrimonio con ella, a no ser que después la mujer, separada del raptor y hallándose en lugar seguro y libre, elija voluntariamente el matrimonio.

Quien, con el fin de contraer matrimonio con una determinada persona, causa la muerte del cónyuge de ésta o de su propio cónyuge, atenta inválidamente ese matrimonio.

También atentan inválidamente el matrimonio entre sí quienes con una cooperación mutua, física o moral, causaron la muerte del cónyuge.

En línea recta de consanguinidad, es nulo el matrimonio entre todos los ascendientes y descendientes, tanto legítimos como naturales.

En línea colateral, es nulo hasta el cuarto grado inclusive.

El impedimento de consanguinidad no se multiplica.

Nunca debe permitirse el matrimonio cuando subsiste alguna duda sobre si las partes son consanguíneas en algún grado de línea recta o en segundo grado de línea colateral.

La afinidad en línea recta dirime el matrimonio en cualquier grado.

El impedimento de pública honestidad surge del matrimonio inválido después de instaurada la vida en común o del concubinato notorio o público; y dirime el matrimonio en el primer grado de línea recta entre el varón y las consanguíneas de la mujer y viceversa.

No pueden contraer válidamente matrimonio entre sí quienes están unidos por parentesco legal proveniente de la adopción, en línea recta o en segundo grado de línea colateral". Por otro lado el Código de Derecho Canónico establece en varios artículos su normativa respecto de esta temática con respecto a todos los impedimentos. De forma general establece que:

El impedimento dirimente inhabilita a la persona para contraer matrimonio válidamente. Se considera público el impedimento que puede probarse en el fuero externo; en caso contrario es oculto.

Compete de modo exclusivo a la autoridad suprema de la Iglesia declarar auténticamente cuándo el derecho divino prohíbe o dirime el matrimonio. Igualmente, sólo la autoridad suprema tiene el derecho a establecer otros impedimentos respecto a los bautizados.

Queda reprobada cualquier costumbre que introduzca un impedimento nuevo o sea contraria a los impedimentos existentes. Sólo la autoridad suprema de la Iglesia puede añadir a esta prohibición una cláusula dirimente.

Exceptuados aquellos impedimentos cuya dispensa se reserva a la Sede Apostólica, el Ordinario del lugar puede dispensar de todos los impedimentos de derecho eclesiástico a sus propios súbditos, cualquiera que sea el lugar en el que residen, y a todos los que de hecho moran en su territorio.

Los impedimentos cuya dispensa se reserva a la Sede Apostólica son: el impedimento que proviene de haber recibido las sagradas órdenes o del voto público perpetuo de castidad en un instituto religioso de derecho pontificio; el impedimento de crimen. Nunca se concede dispensa del impedimento de consanguinidad en línea recta o en segundo grado de línea colateral.²(Reyes Vizcaíno, 2012)

La transcripción literal de estos artículos se justifica debido a lo trascendental que supone el estudio y análisis de esta legislación religiosa para poder entender el régimen actual argentino con respecto a los impedimentos matrimoniales.

A su vez es fundamental evidenciar y hacer foco en los casos de permisión canónica mediante el importantísimo instituto de la dispensa, figura estrictamente religiosa adoptada y adaptada por nuestro legislador pero con alcances variados.

Aporte doctrinal al CCyC.

Encontramos un interesante aporte que da contenido a esta investigación, en el Código Civil y Comercial comentado, teniendo éste trascendencia directa al momento de analizar el alcance de la ley. Según Mariel Molina de Juan, el mismo establece que:

² Capítulo II, de los impedimentos dirimentes en general, Código de Derecho Canónico.

No pueden contraer matrimonio entre sí los parientes en línea recta en todos los grados, ni en línea colateral hasta el segundo grado (hermanos), sean de doble o simple vínculo. Sí pueden casarse tíos y sobrinos, y por lógica consecuencia, primos. Los incisos reiteran las prohibiciones contenidas en el art. 166, incs. 1 y 2, CC, con una formulación más adecuada porque se suprime la voz “consanguinidad” y se recoge el principio de igualdad de los efectos del parentesco receptado por el art. 529 CCyC, cualquiera sea su fuente (naturaleza, TRHA, adopción).

La equiparación de los efectos del parentesco con independencia de la fuente filial justifica la supresión del inciso relativo a la adopción (inciso 3 del artículo 166 CC). La prohibición de casarse entre personas unidas por un vínculo adoptivo queda comprendida en los dos primeros supuestos, eliminándose la distinción entre adopción plena y simple que preveía una multiplicidad de hipótesis confusas, sin justificación razonable y con escaso impacto práctico. Como se lee en los “Fundamentos del Anteproyecto”: “cuando la adopción implica diferentes consecuencias jurídicas en materia de parentesco por tratarse de adopción simple o plena, se lo señala de manera expresa; de lo contrario, cuando se alude a parentesco de manera general, incluye a la filiación adoptiva cualquiera sea su tipología”. Así es como debe ser interpretada toda la legislación en materia de parentesco cuando se trata de la filiación adoptiva.

La afinidad en línea recta en todos los grados; Como se explica al comentar el art. 536 CCyC, la afinidad no queda incluida dentro de la voz “parentesco” en sentido estricto, pues sus efectos son mucho más limitados que en los otros casos. El inc. c reitera la

solución del CC y fulmina de nulidad el matrimonio celebrado por parientes afines en línea recta en todos los grados (suegros con yernos o nueras, hijos y padres afines, u otros). La prohibición no se extiende al caso de los convivientes, pues la unión convivencial (art. 509 CCyC) no es fuente de parentesco por afinidad. En consecuencia, no está prohibido que un exconviviente se case con alguno de los padres o hijos de aquella persona con la que ha convivido. La solución es distinta si, luego del divorcio, uno de los excónyuges inicia una convivencia con el padre o el hijo del otro.

A su vez existe el impedimento de haber sido condenado como autor, cómplice o instigador del homicidio doloso de uno de los cónyuges; La nueva redacción del impedimento por “crimen”, contenido originariamente en el inc. 7 del art. 166 CC, resuelve la discusión anterior sobre la exigencia o no de condena penal, recogiendo la opinión mayoritaria. En consecuencia, mientras no se dicte esa sentencia, el impedimento estaría sujeto a la resolución de una cuestión prejudicial. Aunque no se exige que el homicidio tenga como móvil la celebración de las nupcias, debe ser cometido con dolo, quedando excluidos los supuestos de homicidios culposos o preterintencionales, o los casos de inimputabilidad.” (Molina de Juan. 2015. P. 7-8)

En este apartado se puede explicitar el alcance de estos impedimentos. El análisis de la constitucionalidad de estas restricciones será desarrollada más adelante en un apartado específico.

Impedimento de edad

En el Código de Velez Sarfield se establecía una edad mínima de 14 años para el hombre y 12 años para la mujer para poder acceder a la institución del matrimonio, las mismas exigidas en el Código Canónico.

Cuando la institución religiosa modifica su ley y eleva las edades, Argentina con la Ley 14.394 decide seguir la línea canónica y elevar también a 16 y 14 años respectivamente, demostrando una vez más la a todas luces influencia religiosa en la legislación civil.

Actualmente en Argentina se exige tener la edad de 18 años (mayoría de edad) tanto para hombres como para mujeres.

A su vez en la legislación argentina se incluyó la institución de la dispensa, que es la autorización para contraer legalmente matrimonio a las personas que no hayan cumplido esa edad, debiendo la autoridad competente, por causas justificadas y en interés de los contrayentes, dispensar el requisito de la edad.

Con respecto a este inciso f) que plantea la mayoría de edad como una condición, encuentra en la excepcionalidad de la dispensa un mecanismo para salvaguardar diversas situaciones que pueden darse en el caso concreto y que la justicia puede evaluar oportunamente.

Impedimento de ligamen

El inciso d) aporta un impedimento que, por un lado evita que se realicen matrimonios múltiples, es decir, más de uno a la vez. Es más, está penado específicamente en el Código Penal. A su vez este inciso logra cerrar la posibilidad de matrimonios poligámicos, que no surge así del propio código al decidir no definir el concepto de matrimonio.

Impedimento de crimen

Este impedimento fue establecido en la ley de matrimonio civil, que preveía el hecho de "haber sido autor voluntario o cómplice de homicidio de uno de los cónyuges".

La ley 23.515 lo amplió y aclaró, al contemplar el "haber sido autor, cómplice o instigador del homicidio doloso de uno de los cónyuges".

Esta figura difiere de la del derecho canónico, dado que esta establece el “conyugicidio”, que comprende a quien, con el fin de contraer matrimonio con una determinada persona, causa la muerte del cónyuge de ésta o de su propio cónyuge (canon 1090), y a quienes con una cooperación mutua, física o moral causaron la muerte del cónyuge" (canon 1090).

Se refiere, pues, al homicidio individualmente perpetrado en la persona del propio cónyuge o el de aquel con quien se propone casarse, con el fin de poder hacerlo, y el ejecutado en connivencia entre los que pretenden luego casarse entre sí.

La ley argentina contempla la situación desde el punto de vista del tercero, y no del\la viudo\la de la víctima del delito, con total independencia de la conducta que éste pueda haber observado. Aunque los términos del inciso no sean muy precisos, esta interpretación es la que realiza la doctrina unánimemente.

La intervención conjunta en el hecho de quienes pretenden casarse no está requerida por la ley; basta con que el tercero sea autor principal del homicidio o cómplice o instigador del cometido por una cuarta persona, sin intervención alguna del supérstite.

El fundamento de este impedimento es desalentar la comisión de un homicidio con el fin de contraer matrimonio con el cónyuge de la víctima y por la indigna situación que permitiría dicho matrimonio.

Pero la figura no está integrada por el propósito o la intención específica de contraer un futuro matrimonio. Queda comprendido, pues, aun cuando pueda ser considerada una situación injusta, por ejemplo el homicidio cometido por quien no conoce al cónyuge de su víctima, y al conocerlo después pretende casarse.

Si es necesario que exista homicidio doloso, es decir no es suficiente el culposo o preterintencional, a su vez que el impedimento se vuelve operativo sólo después de una sentencia firme. Esto último fue un agregado que se realizó en la unificación civil de 2012,

con el fin de garantizar la seguridad jurídica ante situaciones que aún no habían sido resueltas por la propia justicia.

Con respecto a la comparativa con la legislación canónica, ésta tal vez encuentra aún más sentido en el impedimento, dado que exige la comprobación de la motivación de que se realizó ese homicidio a los fines de contraer el nuevo matrimonio.

Privación de la razón

La legislación argentina se aparta de la tradición canónica que, al igual que muchas legislaciones civiles, vincula la demencia o la privación de la razón con la imposibilidad de prestar el consentimiento o con la ausencia de éste.

El canon 1095 considera incapaces de contraer matrimonio a quienes carecen de suficiente uso de razón, a quienes tienen un grave defecto de discreción de juicio acerca de los derechos y deberes esenciales del matrimonio que mutuamente se han de dar y aceptar, y a quienes no pueden asumir las obligaciones esenciales del matrimonio por causas de naturaleza psíquica.

En cambio la ley de matrimonio civil, consagró como impedimento matrimonial la locura, y el art. 166 reformado por la ley 23.515 contemplaba "la privación permanente o transitoria de la razón, por cualquier causa que fuere".

El actual Código Civil y Comercial reconoce una redacción similar estableciendo que la falta permanente o transitoria de salud mental que le impide tener discernimiento para el acto matrimonial, es un impedimento pero dispensable por el art. 405 que establece que la decisión judicial requiere dictamen previo del equipo interdisciplinario sobre la comprensión de las consecuencias jurídicas del acto matrimonial y de la aptitud para la vida de relación por parte de la persona afectada.

A su vez el juez deberá mantener una entrevista personal con los futuros contrayentes; también pudiendo hacerlo con sus apoyos, representantes legales o cuidadores, si se considerara pertinente.

Conclusión.

En el presente capítulo, por un lado se desarrollaron cada uno de los impedimentos matrimoniales y sus antecedentes, y a su vez se aproxima a ciertas problemáticas que podrían darse en algunos casos concretos de determinados impedimentos que podrían contrariar la legislación supranacional. A su vez se explicita que estas restricciones, mediante el estudio de sus fuentes más directas, responden a construcciones sociales y culturales y que los mismos podrían ser rediscutidos, ya sea para confirmarse, modificarse o eliminarse, entendiendo que existen casos donde efectivamente se podrían producir vulneración de derechos.

CAPÍTULO 3

PROBLEMÁTICAS HISTÓRICAS Y ACTUALES SOBRE LOS IMPEDIMENTOS.

Introducción.

El Código Civil y Comercial, al expresar estas prohibiciones de contraer matrimonio, restringe un derecho que es el reconocimiento del Estado a la vida en familia consagrado en leyes supranacionales.

Por supuesto que cada uno de los impedimentos responde a fundamentos y razonamientos lógicos no sólo del legislador del siglo XIX, sino de las fuentes del Código Civil y de una sociedad que acompañaba esta revolucionaria ley para esa época. Pero cada uno de los incisos posee razonamientos, interpretaciones y apreciaciones diversas y que pueden ir mutando en el tiempo, como la realidad social y jurídica.

Es necesario como ya se ha expresado, realizar una relectura de las leyes argentinas desde la constitucionalización del Derecho Privado. Es fundamental que las normas jurídicas que rigen la vida en sociedad sean armónicas con la Constitución Nacional y con los Tratados Internacionales con Jerarquía Constitucional.

En este marco, y ya habiendo analizado brevemente el origen de estas normas y sus fundamentos, en este apartado se ahondará en algunas problemáticas específicas que se dan en la sociedad (o podrían darse) sobre estos impedimentos matrimoniales.

Consanguinidad y parentesco.

Mayoritariamente, plantear la posibilidad de la celebración de un matrimonio entre dos personas con lazos de consanguinidad cercanos con su consecuente consumación y actividad sexual, produce un rechazo social. En especial los lazos de consanguinidad en línea recta. La idea de un posible matrimonio entre un abuelo con su nieto o nieta o de una madre

con su hijo despierta entendibles reparos y rechazos que hasta conllevan la idea de un posible abuso, tanto de poder como sexual.

Es por esto que se prohíbe el matrimonio con entre ascendientes y descendientes, aún siendo ambos mayores de edad y prestando consentimiento.

“Estas relaciones, que en otros momentos históricos han estado permitidas, denominadas endogámicas, se refieren específicamente al matrimonio, unión o reproducción entre individuos de ascendencia común; es decir, de una misma familia, linaje o grupo (religioso, étnico, geográfico)”. (San Román y Echevarría. 1994)

Todas las sociedades establecen medios para ordenar el matrimonio con respecto a los parientes consanguíneos. Tales medios son las regulaciones del incesto, entendiendo por éstas la prohibición de contraer matrimonio entre determinadas categorías de parientes consanguíneos o también la exigencia de que los matrimonios sólo se pueden efectuar entre cierta clase de parientes.

El tabú o prohibición del incesto aparece en todas las sociedades, en la mayoría de los pueblos, en casi todas las culturas, si bien se manifiesta de formas diferentes. Su universalidad llevó a pensar que la prohibición del incesto se basaba en un instinto humano, sin embargo la mayoría de los antropólogos coinciden en afirmar que dicha prohibición se basa más en principios raciales y culturales que propiamente biológicos.

Pero más allá del rechazo social que podría provocar la visibilización de relaciones sexo-afectivas entre parientes en un primer grado de consanguinidad, existen otro tipo de casos, tal vez igualmente "graves" según la valoración social, pero que el Estado y los juristas no pueden dejar de analizar.

Específicamente el caso de los parientes colaterales en segundo grado, hermanos bilaterales o unilaterales.

Según Buchler (1982) las primeras teorías que sustentaron este impedimento fueron de carácter biológico. Se pensaba que la humanidad se había conservado sana evitando la consanguinidad por medio de las distintas prohibiciones del incesto. Esta teoría sigue siendo la creencia de la mayor parte de la sociedad hoy en día, pues consideran que los matrimonios consanguíneos pueden dar como resultado el nacimiento de hijos o hijas con patologías de carácter genético.

Pero la genética moderna se ha encargado de comprobar que no tiene porqué ser así. De hecho, la consanguinidad intensifica la influencia de rasgos dominantes, potenciando aquellos que sean más beneficiosos. El problema se plantea cuando los rasgos dominantes no lo son. Entonces el defecto se agudiza. Aún así, se considera actualmente que a la larga la consanguinidad puede tener efectos negativos.

Existen estudios que establecen que, por ejemplo, un hijo nacido de una pareja de hermanos, podría incrementar las posibilidades de que la descendencia sea afectada por rasgos recesivos o deterioros genéticos. Esto conduciría a lo que se denomina "depresión endogámica". Pero por otro lado, tal como lo manifiesta Charlesworth (2009) numerosos estudios de médicos especialistas también certifican que, genéticamente, no son altas las probabilidades de, por ejemplo, el hijo de hermanos nazca con malformaciones y problemas de crecimiento.

Este impedimento, con fundamentos sociales, morales, religiosos y hasta médicos, no siempre fue derecho positivo en el mundo. Se debió un cambio cultural, llevado a cabo por el cristianismo y fue prohibido por sus leyes para evitar los matrimonios endogámicos.

La ley no solo ordena conductas, sino que es pedagógica y establece objetivos y parámetros sociales. Plantear la legalización de matrimonios entre consanguíneos colaterales no sería una ley que la sociedad, por lo menos hoy, apoye.

Pero tampoco si esta posibilidad existiera, habría más relaciones entre hermanos, sino que se daría luz a esta realidad, más allá de la cantidad de casos que podría haber. Es posible tal vez el parangón con la ley del denominado matrimonio igualitario, donde se planteaba que a partir de su sanción las parejas del mismo sexo se incrementarían en la sociedad, cuando en realidad lo único que se produjo fue un fenómeno de visibilización de situaciones, más allá de la amplitud de derechos.

¿Es una realidad social esta problemática? En 2006 fue conocido mediáticamente el caso en Buenos Aires de una mujer y un hombre, hermanos, que no convivieron desde niños y luego comenzaron una relación amorosa, supuestamente en ese momento sin saber que eran hermanos.

Esta pareja de 35 y 37 años, con dos hijos menores, no podían contraer matrimonio y acceder a numerosos beneficios y derechos de la seguridad social. Luego de desfilar por algunos programas televisivos expresando su dramática problemática, fueron recibidos en una audiencia por el entonces Presidente Néstor Kirchner, donde le manifestaron la situación y el Jefe de Estado prometió analizar la situación y que ver solución se podría brindar. Pero su demanda de algún tipo de contención jurídico-social no avanzó.

En 2012 se dio un caso similar en Galicia, España, con una pareja Daniel y Rosa, hermanos que sumaban 20 años de relación. En su larga batalla por legalizar "con todos los derechos" su situación, la pareja consiguió ser reconocida a todos los efectos como progenitores de sus hijos. Son legalmente una familia. Por sentencia judicial, Daniel dejó de ser el tío de sus hijos y Rosa la madre soltera de los mismos. En 1997 se les había reconocido, por otra sentencia, la posibilidad de inscribirse en el Registro de Uniones de Hecho de Sevilla. Esto ocasionó polémica social pero finalmente lo pudieron realizar aunque en los hechos, declararon posteriormente, no les produjo los efectos jurídicos deseados, es decir, no pudieron solucionar la problemática de los hijos hasta 2012. Si bien en ese año el Estado, por resolución de la Justicia, les dio la Libreta de Familia con el reconocimiento de los hijos, no fue autorizado su matrimonio dado que la ley española lo prohíbe expresamente. (Cedeira. B.

(17 de junio de 2017) Los hermanos Moya, 40 años como pareja: dos hijos, libro de familia, pero no pueden casarse. Recuperado de www.lespanol.com)

Estos casos citados a modo ejemplificativo, dentro de una variedad de situaciones que son de fácil acceso en los portales de noticias, son expuestos a los fines de demostrar que existen en la sociedad y que hay familias que, al no ser tradicionales y encontrarse fuera de la ley, no ven garantizados la plenitud de sus derechos.

Ligamen único.

Este impedimento responde a una decisión histórica-político-religiosa-legal de nuestro país, inmerso en un contexto geográfico de costumbres y legislación occidental, el no permitir matrimonios contraídos por más de dos personas.

Para ello es necesario remontarse a la conformación de Argentina como Estado – Nación. En ese momento, por la base cultural, religiosa e ideológica de la población y por no encontrar legislaciones similares en países cercanos o que compartan la misma raigambre legal y constitucional, probablemente no se hubiera planteado otra forma de constitución del matrimonio y la familia que no fuera la monogamia. No existen, por ejemplo, en América, Estados confesionales, como si en Medio Oriente y África.

Pero en el mundo cercano y globalizado, existen distintas realidades que requieren, por lo menos, su estudio y análisis.

Existe el caso por ejemplo del denominado matrimonio grupal o círculo matrimonial, que es una forma de matrimonio en la cual más de un hombre y más de una mujer forman una unidad familiar, y todos los miembros del matrimonio comparten responsabilidad paterna hacia cualquiera de los hijos que surjan del matrimonio.

En la sociedad moderna es difícil estimar el número de personas que actualmente practican matrimonio grupal, ya que esta forma de matrimonio no está oficialmente

reconocida en ninguna jurisdicción, y es ilegal en otras; sin embargo, parece que su práctica está limitada a un número relativamente pequeño de personas.

Otro caso es el denominado Matrimonio Trial, formado por tres personas. En algunos países estos matrimonios están expresamente prohibidos, pero en otros no hay leyes que impidan su celebración, como un caso de Brasil en 2012, que se desarrolla más adelante.

El matrimonio trial no debe confundirse con la bigamia, la que se da cuando una persona contrae matrimonio con otras dos, pero esas dos no lo contraen entre sí.

Desde la mirada antropológica, no todas las familias poligámicas incorporan matrimonios polígamos, por lo que, en estricto sentido, el número de sociedades auténticamente poligámicas es bastante reducido. Entre algunos ejemplos de sociedades poligámicas se encuentran las naciones islámicas, donde el derecho establece que el matrimonio polígamo sólo puede existir a condición de la aceptación de las co-esposas de un varón.

En un estudio realizado por George P. Murdock (1967), en su libro "Atlas etnográfico", de las 1170 sociedades humanas estudiadas, la poliginia aparece en 850 de ellas, es decir, en el 72 %.

En nuestra legislación, esta restricción de un matrimonio conformado por más de dos personas no encuentra una limitación constitucional, sino legal. Como ya se ha establecido, los tratados internacionales con jerarquía constitucional hablan del derecho que tienen tanto hombres como mujeres de contraer matrimonio y de formar una familia, pero no está establecido de forma excluyente el número de miembros que podría tener este acto jurídico.

A su vez la propia Constitución Nacional nada aclara sobre este tema, dando lugar a que sea regulado simplemente por una ley nacional aprobada por el Congreso con mayoría simple, como lo es en este caso la ley 26.994.

Este tipo de matrimonio ilegal, que si fuese celebrado por un funcionario público sería sancionado penalmente (Delitos contra el estado civil. título IV Código Penal), encuentra antecedentes jurisprudenciales no en Argentina sino, por ejemplo, en el vecino país de Brasil.

En 2012 una jueza de Brasil autorizó a dos mujeres y un varón a contraer una unión civil al entender que el reconocimiento de una familia “de a tres” no encontraba un impedimento legal explícito ni mucho menos constitucional. Se suma al reconocimiento legal en algunos estados de EEUU o Canadá.

Por citar otro caso histórico de latinoamérica a modo anecdótico, luego de la Guerra del Paraguay, en dicho país se calcula que falleció el 90% de su población masculina, ocasionando esto graves problemas para el futuro de las natividades en el país, obligando al Gobierno a legalizar por un tiempo la poligamia, únicamente de un hombre con dos o más mujeres. (Cairncross. 1974)

Por otro lado y también a modo ejemplificativo, existe un grupo de personas autodenominadas Movimiento Poligámico Argentino que plantean la posibilidad de realizar un cabildeo a los legisladores nacionales a los fines de que el Congreso de la Nación apruebe una norma de ampliación de derechos para las personas que planteas un matrimonio distinto al tradicional.

Dentro de los objetivos que plantean este grupo de personas, resaltan los siguientes “El objetivo primario es fomentar la procreación y favorecer el crecimiento poblacional argentino; el secundario, que los ciudadanos argentinos gocen sana y plenamente de su derecho a formalizar relaciones múltiples y en todas sus variadas formas.” (Poligamiargentina.blogspot.com. 2010)

Estos casos y ejemplos se expresan a los fines de evidenciar que existen personas o grupos de personas, posiblemente minoritarios, pero que plantean que en un futuro esto se encuentre en la agenda legislativa o judicial, no siendo simplemente el estudio de esta problemática una abstracción jurídica.

La poligamia y la religión

Dada la fundamentación histórica que tiene esta forma de matrimonio prohibida en nuestro país, se torna relevante realizar una breve revisión de su contenido en determinados cultos que aportan sustancialmente al presente trabajo.

Catolicismo

La sociedad greco-romana en la que se desarrolló el cristianismo fue —al menos formalmente— monógama, aunque el Antiguo Testamento mostraba claramente que todos los patriarcas bíblicos eran polígamos.

San Agustín apoyó la legitimidad de los patriarcas aludiendo a cierta necesidad reproductiva de aquellos tiempos, pero -en observancia de las costumbres romanas- sostenía la prohibición de tener más de una esposa en la vida.

En la actualidad, la Iglesia Católica claramente condena la poligamia en su catecismo, señalando que la misma es contraria al amor conyugal, el cual sería indivisible y exclusivo.

Mormonismo

La historia de la poligamia entre los mormones se inicia con Joseph Smith, que afirmaba haber sido instruido mediante una revelación el 17 de julio de 1831 en que algunos hombres mormones específicamente elegidos debían practicar el matrimonio plural.

Esto se publicó después en el libro *Doctrina y Convenios* de La Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días. A pesar de la revelación de Smith, con los años distintas interpretaciones y disputas internas religiosas se han opuesto a la poligamia, y otras la han defendido.

Actualmente, en las poblaciones mormonas en EEUU, que no son menores, principalmente en Utah, la poligamia es una realidad social.

El 13 de diciembre de 2013, el juez federal Clark Waddoups dictaminó en el caso Brown contra Buhman que los artículos de las leyes de Utah contra la poligamia que prohíben la cohabitación múltiple eran inconstitucionales. (Infobae. (20 de agosto de 2014) Polémica en EEUU: un juez habilitó la poligamia. Recuperado de www.infobae.com)

Islam

La poligamia musulmana (del tipo poliginia), en la práctica y en la ley, difiere sustancialmente a lo largo del mundo islámico. Mientras que en algunos países musulmanes la poliginia es algo común, en muchos otros, es a menudo rara o inexistente. Mientras que la poliginia musulmana se puede encontrar principalmente en las culturas árabes tradicionales, como Arabia Saudita, y en los Emiratos Arabes Unidos, es extremadamente rara o aún prohibida en estados árabes seculares como Líbano y Túnez o en países musulmanes no árabes como Turquía y Malasia.

Hinduismo

En el hinduismo, la poligamia (del tipo poliginia) fue practicada desde tiempos ancestrales. El hinduismo no prohíbe la poliginia pero tampoco la fomenta.

Históricamente, en la práctica solo los reyes fueron polígamos. En la actualidad, la poligamia está prohibida bajo las leyes de la India, especialmente entre las prohibiciones relativas al matrimonio hindú. Sin embargo, los musulmanes de India tienen permitido tener varias esposas. A partir de octubre del 2004, los musulmanes y los hindúes tienen un trato diferente en la ley. Han existido intentos que proponen una ley marital uniforme que trate a todos por igual, independiente de su religión.

Legalidad de la poligamia en el derecho comparado.

Las legislaciones en la mayor parte de los países occidentales con influencias cristianas no reconocen el matrimonio polígamo. Sin embargo, muy pocos de esos países tienen leyes en contra de estilos de vida polígamos: simplemente se rehúsan a darle reconocimiento. Sin embargo, en los Estados Unidos y en Canadá se permite la poligamia en algunos estados. La Constitución sudafricana admite elegir el régimen de poligamia en el momento del matrimonio. Es más, el actual presidente de Sudáfrica tiene cuatro esposas. (Noticias24. (20 de abril de 2012) La poligamia divide a Sudáfrica: el país tiene cuatro “Primeras Damas. Recuperado de www.noticias24.com)

Impedimento por Afinidad. Antecedentes históricos.

Históricamente existieron instituciones matrimoniales referidas expresamente a las situaciones de afinidad, hoy prohibidas por la ley argentina para la afinidad ascendiente y descendiente en todos sus grados.

El "Ievirato", palabra que procede del latín "levir", significa el matrimonio de un hombre con la mujer o mujeres de su hermano fallecido. Ruiz Morelli dice que “en el levirato no siempre es necesario que haya un nuevo matrimonio, pues la mujer puede seguir siendo considerada como esposa del hermano muerto e incluso los nuevos hijos que tuviese se reconocen como hijos del esposo fallecido. Encontramos el levirato entre los beduinos de Arabia y los nuer de Sudán.” (Ruiz Morelli. 2008. P. 213)

La finalidad del levirato es muy clara. Por un lado pretende continuar los derechos que quedaron establecidos en los grupos de parentesco tras el primer matrimonio, además también supone una manifestación intergrupala del matrimonio, pues la parentela del marido actúa impidiendo que la mujer y los hijos abandonen el grupo, ya que la contrajo obligaciones, no solo con el esposo, sino también con todos los parientes.

Por su parte, el grupo de origen de la esposa también adquiere nuevos derechos sobre el hermano del muerto; de esta forma, se produce una relación equilibrada de reciprocidad.

Por último hay que resaltar la gran importancia social del levirato en su momento, que permite a un hombre casado que ha muerto sin hijos, se le proporciona uno, póstumamente, para que le sucede y continúa su línea de descendencia.

El "sororato", por otro lado, exige que un esposo viudo se case con una hermana soltera de su mujer, o desde el punto de vista de la mujer, es cuando este se casa con el esposo de su hermana fallecida. (Barfield. 2000)

También en el sororato como en el levirato el matrimonio establece un lazo entre familias unidas que no se disuelve con la muerte de uno de los cónyuges es decir, por encima de los intereses del individuo, primero los intereses de la familia y la sociedad.

Estos ejemplos de permisiones históricas al matrimonio por afinidad presentan, una vez más, que en diversas sociedades y culturas estas realidades existen y han existido y encontraban sus regulaciones legales, aunque hoy muchas de ellas serían inaplicables, sin perjuicio de que podría haber otro tipo de regulación.

Conclusión.

El presente capítulo ha intentado demostrar mediante análisis histórico, religioso y social y a través de casos concretos que se han dado en diversos lugares del mundo, que los impedimentos no sólo han ido mutando y reconfigurándose, sino que su falta de adaptabilidad ha producido situaciones injustas desde el punto de vista jurídico y que es justamente la función del Derecho poder aportar luz a estas problemáticas.

Mediante el análisis de cada uno de los impedimentos y sus fundamentos y antecedentes es posible arribar finalmente a la última parte del trabajo de investigación, que es el análisis crítico de la información objetiva y posteriormente sus conclusiones finales.

CAPÍTULO 4

JURISPRUDENCIA Y DERECHO COMPARADO SOBRE EL IMPEDIMENTO DE AFINIDAD.

Introducción.

Si bien ya se han planteado diversas situaciones ejemplificativas con respecto a casos que se han dado socialmente en nuestro país, es destacable y menester mencionar algunos fallos y leyes internacionales que avanzan sobre el impedimento de afinidad.

Toma especial relevancia dicho impedimento porque es el que responde directamente a valores éticos, morales y religiosos de la institución histórica del matrimonio y, como se verá, a medida que la legislación civil ha ido avanzando en determinados países, este impedimento directamente fue suprimido.

Con respecto al resto de los impedimentos se analiza su constitucionalidad o no. En este en particular no sólo se profundiza en ese aspecto, sino que además se avanza justamente en la posibilidad de su directa supresión, cuando no podría tal vez plantearse lo mismo con respecto a otros como por ejemplo la edad mínima, más allá de las posibilidades de dispensas.

Dentro de lo desarrollado en el presente capítulo, toma relevancia un reciente fallo (2006) de la justicia de Rosario, donde declara la inconstitucionalidad de un caso de impedimento por afinidad en primer grado.

Si bien el fallo completo, de trascendental valor para el presente trabajo, se presenta como ANEXO n° 1, si se desarrollarán algunos aspectos del mismo que profundizan diversos conceptos esgrimidos en esta investigación.

Jurisprudencia.

Se analizará a continuación el fallo mencionado en la introducción, con sus particularidades y sus alcances, como también se mencionarán otros casos de jurisprudencia internacional que fueron sustentos para esta sentencia de la justicia argentina.

En Rosario, se presentan a la justicia dos mujeres, madrastra con su hijastra que explicitan que generaron una relación de noviazgo, sin haber tenido nunca entre ellas relación de tipo maternal-filial y que en el momento de la demanda convivían.

El Registro Civil le hace saber que no pueden celebrar el matrimonio por existir impedimento entre ellas, por lo que solicitan la inconstitucionalidad del caso concreto ya que la interpretación literal del art. 403 inc. C) del Código Civil y Comercial conlleva una notoria injusticia y que la declaración no es para todos los casos pudiendo declararse expresamente que una norma no es inconstitucional por sí misma, sino en tanto interpretación y aplicación.

Fundan su presentación en el art. 2 del Código Civil y Comercial y comentario doctrinal donde se sostiene que el nuevo criterio de interpretación además de abrir la consideración objetiva del texto al momento de que resulte necesaria su interpretación permite sopesar diversos efectos según los alcances que se le adjudiquen a la norma, no sólo en relación con el caso concreto sino con su armonización en el conjunto de todo el ordenamiento jurídico.

Se señala como principios constitucionales afectados el de reserva (art. 19 CN) y el de supremacía de la Constitución (art. 31 CN) refiere a la vigencia de los tratados internacionales y cita el art. 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. XVIII y XXVIII de la Declaración Americana de Derechos Humanos.

Se reconoce que oportunamente Vélez adopta el matrimonio religioso pero que se observa, como ya se estableció en el presente trabajo, que el matrimonio civil se diferencia cada día más del religioso y se repasa en el fallo la evolución legislativa de las sucesivas reformas, llegando a la conclusión que es un acto jurídico que une a dos personas permitiendo mayor libertad a los partícipes del acto para acordar cuestiones de índole patrimonial o extrapatrimonial.

A su vez se esgrime el argumento que el Código Civil y Comercial está basado en un paradigma no discriminatorio, para una sociedad multicultural, sin que ello signifique promover determinadas conductas o decisión valorativa respecto de alguna de ellas, sino de regular una serie de opciones de vidas propias de una sociedad pluralista en la que conviven diferentes visiones que el legislador no puede desatender.

Entre otros argumentos, las demandantes también afirman que, como este es un caso denominado “raro”, nunca existió la presión social para modificar este aspecto legal y por eso es necesario recurrir a la justicia.

El juez, al momento de considerar entonces la constitucionalidad del artículo 403 inc. c) del Código Civil y Comercial también analiza y describe distintas situaciones.

Por un lado que se está frente a un impedimento dirimente, es decir que ocasiona la nulidad absoluta para el supuesto de celebrarse las nupcias; como tampoco podrían registrar la unión convivencial entre ambas por estar en contravención con el art. 510 inc. c) del ordenamiento civil y comercial.

El magistrado decide analizar e interpretar la legislación vigente en relación a los derechos supralegales que las demandantes invocan vulnerados -control judicial de constitucionalidad-, como también las exigencias de protección efectiva que contienen cada uno de los Tratados y Convenciones Internacionales incorporados a la Constitución Nacional por el art. 75 inc. 22; el control de convencionalidad que obliga a velar por la supremacía de los tratados internacionales relativos a derechos humanos incorporados con jerarquía constitucional y que conforme la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando se tiene un sistema de control de constitucionalidad difuso –como Argentina- constituye a todos los jueces en garantes de la supremacía convencional y finalmente brindar el fundamento para admitir o rechazar la pretensión.

Se cita como fuente fundamental el art 2 del CCyC: *“LA LEY: acorde con el nuevo ordenamiento civil y comercial la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”*

A su vez con respecto a los tratados de Derechos Humanos establece que el extenso mutismo doctrinario y casi nula referencia jurisprudencial sobre la relación del Código Civil con la Constitución, a pesar de ser aquél una suerte de ley orgánica de los derechos civiles consagrados constitucionalmente -arts. 14 a 20-, a partir de 1984 y con mayor intensidad luego de la Constitución de 1994, existe un perceptible cambio de orientación cimentado elementalmente en que la legislación codificada no puede contradecir a la Constitución y que de ésta emanan Derechos con reconocida jerarquía constitucional derivados especialmente del derecho internacional de los derechos humanos, Tratados que tienen superioridad sobre otros tratados y leyes.

Por otra parte establece que es evidente que esos derechos existen, es decir, son exigibles sin depender esencialmente de su reconocimiento por el derecho positivo y aún cuando un determinado ordenamiento positivo los niegue o los desconozca.

Estos derechos de realización familiar se ejercitan y satisfacen en el seno del grupo de convivencia inmediata y dentro de aquellos con rango constitucional que favorecen y defienden la autonomía y libertad personal, pueden mencionarse:

1.- Derecho a la libertad: ART. 3 Declaración Universal de DD HH; art. I Declaración Americana de DD.HH.; art. 7.1 Pacto de San José de Costa Rica; art. 9.1 Pacto de Derechos Civiles; 2.- Libertad de Asociación: ART. 20 Declaración Universal de DD HH; art. XXII Declaración Americana de DD.HH.; art. 16 Pacto de San José de Costa Rica; art. 22.1 Pacto de Derechos Civiles; 3.- Respeto a la vida privada: ART. 12 Declaración Universal de DD HH; art. V Declaración Americana de DD.HH.; art. 11.1 Pacto de San José de Costa Rica; art. 17.1/2 Pacto de Derechos Civiles; 4.- los derechos del hombre y su alcance, esto es el límite del límite para lo cual cabe citar: ART. 29.2 Declaración Universal de DD HH; art. XXVIII

Declaración Americana de DD.HH.; art. 32.2 Pacto de San José de Costa Rica; art. 12.3 Pacto de Derechos Civiles; Art. 4 Pacto de Derechos Económico.

Por último hay un aspecto que si bien no está expresamente contenido en estos Tratados, la doctrina lo refiere como derecho al proyecto de vida personal y esto insinúa la afirmación de que el principio supremo de justicia apunta al desarrollo de la persona humana, según recientes sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Con respecto a los principios generales del derecho, en su fundamentación y análisis se debe inclinar por la armonización como forma de interpretar las declaraciones derechos y garantías constitucionales de modo de asegurar el uso pacífico y efectivo del derecho que en el caso se invoca conculcado.

Bidart Campos (1994) dice que “ la recepción en el derecho público que con doble fuente le vienen dando al derecho de familia el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos ya no deja espacio para que los códigos de derecho privado sean pensados como si en su campo fueran el techo y el árbitro final del ordenamiento jurídico, porque ahora tienen parámetros y normas superiores y vinculantes.” (p. 29)

El Código Civil y Comercial determina que las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto aquellas leyes en cuya observancia está interesado el orden público (art. 12) y en cuanto al objeto del acto jurídico, entre otras, no debe ser un hecho contrario a la moral, a las buenas costumbres, al orden público (art. 279) y sanciona con de nulidad absoluta los actos que contravienen el orden público (art. 386).

Según los preceptos establecidos aparece como un obstáculo insalvable la posibilidad de habilitar la realización de un matrimonio con sus efectos jurídicos a dos personas que son parientes afines en línea recta y que el ordenamiento jurídico vigente sanciona, para el caso de celebrarse, con la nulidad absoluta.

Conforme el interés que protege el precepto del párrafo anterior para este excepcional planteo, el juez se plantea ¿se debe recurrir a la imperatividad de la ley y por ende rechazar la pretensión o podemos inclinarnos hacia la autonomía de la voluntad y promover este derecho esencial de estas dos personas respetando su vida privada y consecuentemente vía la declaración de inconstitucionalidad autorizar la celebración del matrimonio?

El punto es si el referido orden público es invariablemente absoluto cuando impide, bajo sanción de nulidad, el derecho a organizar la vida íntima y personal según los principios de solidaridad, igualdad afectiva y responsabilidad, bajo la forma matrimonial, como es el planteo de autos.

Evolución histórica y derecho comparado.

Con diferentes alcances según las legislaciones, el impedimento de afinidad para contraer matrimonio válido es de aplicación bastante generalizado, y su fundamento es exclusivamente de carácter moral, ya que se ha dicho que si bien no tiene el vigor y el contenido propios del parentesco por consanguinidad, “la pequeña comunidad que constituye la familia debe ser preservada del elemento de perturbación que nacería de la posibilidad de uniones sexuales entre sus miembros, aun cuando ellos no sean afines” (Mazzinghi. 1995)

Aunque no hay uniformidad de opiniones, pareciera que la instrumentación del parentesco por afinidad es el resultado de la evolución de ordenamientos jurídicos.

Así se indica que existía entre los hebreos, aunque el antecedente remoto del ordenamiento legislativo nacional es el derecho romano, donde en un principio tenía igual alcance y sólo se consideraba al matrimonio entre afines como moralmente reprobable, una norma del tiempo de Augusto y lo prohibió en la línea recta y partir de Constantino se lo extendió a los cuñados.

Es en la Iglesia católica donde nace la teoría de que el matrimonio consumado hace de los dos cónyuges una sola carne, a los fines de equiparar la afinidad con la consanguinidad en materia de impedimentos matrimoniales.

El Código de Derecho Canónico vigente mantiene el impedimento (Canon 1092), dispensable por el Ordinario del lugar.

Las legislaciones europeas muestran una diversidad de soluciones, aunque es notorio que las últimas reformas se inclinan hacia la supresión del impedimento de afinidad por considerarlo privado de fundamento.

Con respecto a la legislación actual internacional, puede dividirse a modo ejemplificativo sin mencionar a todos los países, en:

1. Países que prohíben este tipo de matrimonio y no admite la dispensa, como el nuestro.
2. Países que admiten la dispensa en la línea recta.
 - 2.1 Dinamarca, si no es contrario al bienestar de los hijos del matrimonio anterior (ley de 1969, art. 7).
 - 2.2 Francia, donde la afinidad en línea recta puede ser dispensada por el Presidente de la República, por causas graves (Código Civil, arts. 161, 162 y 164).
 - 2.3 Polonia, si existen motivos graves (Código de la Familia y la Tutela, art. 14).
3. Países en que el impedimento no existe o ha sido suprimido.
 - 3.1 Alemania (ley de matrimonio de 1998)
 - 3.2 Austria (ley de 1983)
 - 3.3 Belarús (Código del Matrimonio y la Familia de 2001)
 - 3.4 Bulgaria (Código de Familia de 1985)
 - 3.5 España (Código Civil, art. 47 reformado en 1981)
 - 3.6 Hungría (Ley de Familia de 1952 con diversas reformas)
 - 3.7 Lituania (Código Civil de 2000)
 - 3.8 Noruega (Ley de Matrimonio de 1991)
 - 3.9 República Checa (Código de Familia de 1963 reformado en 1992)

- 3.10 Rumania (Código de Familia de 1954 con diversas modificaciones)
- 3.11 Serbia (Ley de Familia de 2005)
- 3.12 Eslovaquia (Código de Familia de 1949 con modificaciones)
- 3.13 Eslovenia (Ley de Matrimonio y Relaciones Familiares actualizada en 1989)
- 3.14 Suecia (Código del Matrimonio de 1987).

A su vez casi todos los países de América prohíben contraer matrimonio entre sí a los ascendientes y descendientes por afinidad, algunos de ellos con alcance a las líneas colaterales.

Otros fallos en el derecho comparado.

Se cita a los fines de explayar en la argumentación, una resolución del máximo tribunal europeo de DDHH que descalificó el impedimento de afinidad por violatorio del derecho de casarse, al menos en cuanto no pueda ser levantado por una dispensa. Se trataba de una relación amorosa entre suegro y nuera, que cohabitaron a partir del momento en que el marido de la mujer abandona el hogar.

En 2002 intentaron casarse, lo que les fue negado por el oficial del estado civil del Reino Unido en tanto continuasen en vida los ex-cónyuges de uno y otro, en virtud de la existencia del impedimento matrimonial de afinidad contemplado en la Marriage Act 1949 reformada por la Marriage (Prohibited Degrees of Relationship) Act 1986.

Los interesados requirieron la intervención de la Corte Europea de Derechos Humanos invocando la violación del art. 12 de la Convención Europea, que acuerda a las personas en edad núbil el derecho de casarse y fundar una familia conforme a las leyes nacionales que regulen el ejercicio de ese derecho, y del art. 14, que prohíbe la discriminación por razón de sexo, raza, color, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

Consideraron que la restricción era desproporcionada e injustificada. Agregaron que sus relaciones comenzaron cuando sus matrimonios previos ya estaban destruidos, por lo que no existía ninguna situación de rivalidad sexual entre padre e hijo, y que tampoco existía problema alguno con el hijo de ella, que compartía el deseo de que se casaran y quería entrar a formar parte de una familia normal. En fin, que la prohibición impedía el reconocimiento de una realidad fáctica, y que no perseguía en el caso ninguna finalidad. Finalmente el tribunal falló a su favor.

Por citar otro ejemplo, la Corte de Casación de Francia más recientemente aceptó ese criterio al rechazar la nulidad del matrimonio celebrado entre suegro y nuera después del fallecimiento del hijo de aquél, por considerar que de otro modo se haría violado el respeto de la vida privada y familiar (Corte de Casación, 1a. Sala Civil, 04/12/2013, Dalloz 2014-179).

Conclusión de la jurisprudencia en Argentina.

Retomando el caso desarrollado en el apartado anterior, el juez plantea una serie de argumentos que es importante destacar. De acuerdo al desarrollo precedente hasta la ley 23.515 puede afirmarse que el matrimonio era un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unían indisolublemente para toda la vida, por tanto era lógico tener idéntico carácter el parentesco con los consanguíneos del marido o mujer; ahora bien: con la eliminación de la indisolubilidad y perpetuidad del matrimonio ¿ha dejado de tener fundamento válido la prohibición de matrimonio entre afines?

Según vimos la extensión del impedimento ha variado a lo largo de los siglos, pero no por ello alguna vez se ha prescindido totalmente de la trascendencia jurídica. No obstante, la regulación de la afinidad se ha ido simplificando progresivamente con el paso del tiempo -en las legislaciones europeas- para irse adecuando a la realidad social en la que se va desarrollando la vida del hombre de cada época.

Las normas de la Constitución están destinadas a perdurar regulando la evolución de la vida nacional, pero la interpretación histórica siempre puede ser desactivado a través de un

interpretación dinámica del derecho a contraer matrimonio, más respetuosa de los valores ético-políticos de inclusión, pluralismo y tolerancia proyectados desde el bloque de constitucionalidad.

Con la mira puesta en la persona como eje de protección, los operadores jurídicos deberían identificar, en cada caso concreto, la validez de una norma reglamentaria y su pertenencia al sistema, validez que podrá derivar del texto de la Constitución o de los preceptos predicados en los tratados que conforman el denominado “bloque de constitucionalidad”.

Bajo ese razonamiento no se puede ignorar la gran incidencia y alto impacto de la reforma del Código Civil y Comercial. Suceso que trasciende lo estrictamente normativo, para involucrarse en la cotidianeidad de las personas que habitan este país.

Ello en sí mismo no es novedoso, ya que las normas de fondo justamente regulan la vida en sociedad de una comunidad; pero lo que sí importa son los cambios que concentran principios versados en el avance del reconocimiento e incorporación de los derechos humanos, dando así énfasis en los preceptos que el derecho internacional de los derechos humanos nos ofrece como alternativa de comportamiento en un mundo muy y cada vez más globalizado.

De esta manera, el Estado argentino renueva su compromiso como protector y garante de los derechos humanos, consolidando y reconfirmando a través del Código Civil y Comercial los derechos y garantías que la comunidad internacional recepta, los mismos que cuentan con jerarquía constitucional desde hace más de 20 años.

Por tanto los derechos inherentes a las personas, entre ellos el de contraer matrimonio, tienen raigambre constitucional, ya que las modificaciones del Código Civil y Comercial en cuanto a las relaciones de familia están dirigida al enfoque de los derechos humanos, entendidos éstos como objetivo común para la búsqueda del más apropiado desarrollo de la persona en la nuestra sociedad.

Finalmente, El juez Ricardo Dutto, al declarar la inconstitucionalidad del citado artículo, se establece que más allá que los conceptos de felicidad, amor, dignidad y persona varían según los diferentes sustratos filosóficos que les dieron origen y si bien no se puede constatar que haya sido lectura directa de parte de nuestros constituyentes, al apoyarse en los textos constitucionales que surgieron de la Revolución Francesa y la Norteamericana, que sí estuvieron explícitamente fundados en la filosofía clásica y del liberalismo, puede afirmarse que la Constitución Nacional garantiza implícitamente a todo ciudadano su derecho a procurar la propia felicidad, lo que conlleva el derecho a ser tratado dignamente por las leyes en todas las dimensiones de su vida, entre las que cabe el matrimonio.

CAPÍTULO 5

ANÁLISIS CRÍTICO Y CONCLUSIONES SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS IMPEDIMENTOS.

Introducción.

Este último capítulo del trabajo final de investigación pretende, luego de haber desarrollado la teoría, antecedentes, doctrina y jurisprudencia con respecto a la temática planteada, adentrarse en el análisis crítico de cada uno de los impedimentos, basados siempre desde una visión y perspectiva constitucional.

A través de este apartado predominarán las consideraciones y el desarrollo de los cuestionamientos planteados a lo largo del trabajo, desde una visión personal, basado en la lectura y el estudio de la temática.

A su vez se explicarán las problemáticas y desafíos que se tuvieron al momento de afrontar la investigación de la temática propuesta y sus razones.

Finalmente se plantearán las conclusiones correspondientes.

Dificultades y desafíos en el abordaje de la temática.

Es menester destacar como dificultad al momento de desarrollar el presente trabajo la no simple facilidad en encontrar en la doctrina y en la jurisprudencia crítica legal o constitucional con respecto a los impedimentos matrimoniales.

Tal vez porque, salvo el de la diversidad de sexos, no afectan a gran cantidad de personas y determinadas situaciones que se hayan podido dar pueden estar aún invisibilizadas en la sociedad.

Esto no quiere decir que no se haya expuesto doctrina y jurisprudencia al respecto, al contrario, el valor que adquiere la efectivamente incorporada al presente trabajo toma una especial relevancia dado que justamente el presente escrito de investigación tenía por objeto inicial estudiar y profundizar en alguna temática todavía no muy explorada en el derecho positivo vigente en nuestro país, siendo este justamente un enorme desafío, el de generar un aporte genuino al derecho estudiado.

Es relevante destacar que en los últimos años diversa jurisprudencia ha ido surgiendo en el mundo con respecto a varios puntos planteados, siendo de una presumible posibilidad de que si este trabajo fuere revisado dentro de unos años, es probable que se debiese incorporar nueva jurisprudencia y doctrina que aún hoy no tenemos. Este fenómeno no sólo responde a este eje temático, sino en general a todo el derecho atravesado por su relectura en base a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

Análisis crítico y conclusiones de los impedimentos en particular

Los impedimentos matrimoniales hoy son, en Argentina, derecho plenamente vigente. Existió una revisión profunda de la legislación civil, con la unificación de los Códigos Civil y Comercial. y este punto no sólo no fue revisado, sino que fue confirmado.

Estas prohibiciones al matrimonio encuentran su fuente directa, como se ha estudiado, en distintas legislaciones, pero principalmente en el Derecho Canónico, evidenciando una clara fundamentación histórico-religiosa.

Pero, como se ha establecido, estas limitaciones legales y hasta la propia institución matrimonial ha ido mutando a los largo de las décadas en nuestro país, generando cambios sustanciales, como fue la posibilidad de terminar el vínculo mediante la ley de divorcio.

O bien pensar que hasta hace tan sólo una década era impensado eliminar el requisito esencial para la existencia misma de la institución del matrimonio, que era la diversidad de sexo. Pero hoy es una realidad no solo en Argentina, sino en más de 20 países de occidente

que ya han avanzado en ese sentido, más allá de las presiones o resistencias de parte de la sociedad y de determinadas instituciones.

Leyes como la de divorcio vincular o la que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo encuentran su fundamento en, como se ha establecido, en los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional y hasta en la propia Constitución Nacional, especialmente bajo los principios de reserva (artículo 19) y de jerarquía constitucional (artículo 31), enmarcado por supuesto en el artículo 75 inciso 22 incorporado en 1994, que da el marco claramente para poder realizar un análisis constitucional y supranacional del derecho privado interno.

Pero más allá de la ley denominada "matrimonio igualitario", existieron previamente fallos judiciales y hasta se esperaba un fallo de la Corte Suprema de la Nación declarando la inconstitucionalidad del impedimento en el caso M. R. y A. G. contra Ciudad de Buenos Aires, que luego de la aprobación de la ley fue devenido en abstracto.

Es decir, no solo fue obra del legislador la ampliación de este derecho, sino que respondía a un análisis constitucional de la norma civil, por parte de los magistrados.

Lo que llevó a estos jueces y juezas a avanzar en este sentido y finalmente a los propios legisladores fueron diversos factores, dignos de otro trabajo de investigación, pero sin duda fueron los años de lucha de organizaciones y una realidad social insoslayable y evidente que ya no se podía ocultar más, que son las relaciones homosexuales y la necesidad de brindar un marco jurídico de protección, en el caso del matrimonio igualitario.

¿Podría el resto de los impedimentos del CCyC o alguno de ellos correr la misma suerte o destino que el ya apartado requisito de la diversidad de los sexos? El tiempo lo dirá pero en principio sería un camino muy difícil y hasta improbable una modificación en un corto o mediano plazo de la legislación en este sentido.

No se percibe una presión social, de organizaciones, de lobbys, etc, en pos de lograr una reforma o ampliación de derechos con respecto a las personas alcanzadas por los impedimentos.

Esto no quiere decir que las situaciones planteadas en los impedimentos efectivamente no existan en la realidad social. Es una información estadística que es prácticamente imposible acceder dado que estas realidades no se censan y generalmente están totalmente ocultas y son reprimidas por el rechazo social que pueden generar. Plantear la idea de una marcha o convocatoria a firmar en adhesión a un proyecto de ley para que, por ejemplo, una persona pueda casarse con su ex suegro\ a probablemente no sería exitosa.

Entonces, ¿qué alternativa se pueden plantear en estos casos? Una opción cómoda sería no modificar la ley, mantener el status quo y evitar que el debate surja y se desarrolle, esquivando así determinadas realidades que por sufrirlas una pequeña cantidad de personas en la sociedad, se aparente que no existen. Pero existen.

Y si bien algunas posturas sostienen que estas situaciones, si se dieran, son del ámbito privado de la intimidad y reserva protegidas por el art. 19 de la Constitución Nacional, mientras no hubiese delito, la realidad es que hoy sí están expresadas en la ley, pero de una forma prohibitiva.

Considero que más allá de un análisis historico-juridico de los impedimentos en general que se han hecho en el presente trabajo, es necesario profundizar en cada uno de ellos, dado que son situaciones totalmente distintas pero que arriban a la misma solución, la prohibición.

Impedimento por consanguinidad.

Por un lado con respecto a la consanguinidad como ya se ha establecido, una modificación de la legislación civil en este sentido sería poco viable. Pero en determinadas situaciones como puede ser el de dos hermanos bilaterales o unilaterales, que producto de una

relación amorosa y sexual que ha perdurado años, han nacido hijos, tal vez se requiera una especial atención.

Esta unión y posterior procreación, por más repulsión que pueda generarle a un sector mayoritario de la sociedad, ¿no es una familia, en el sentido que expresan los tratados internacionales de derechos humanos? ¿Ese núcleo familiar, no es digno de protección?

En lugar de plantear la posibilidad de la eliminación del impedimento, tal vez ante un caso concreto de una posible injusticia, podría analizarse como solución la ampliación de la figura de la dispensa judicial a este u otros casos.

Considero que la dispensa judicial, instituto que tiene como fuente el derecho canónico, que se utiliza para avanzar sobre prohibiciones en otros incisos, como son el de edad y el de discernimiento, debería, insisto, ser ampliada. El juez debería, en pos de velar por el cumplimiento de la legislación supranacional y constitucional, garantizar el ejercicio del derecho de las personas a formar una familia, y según el caso concreto, debería tener disponible la posibilidad de una dispensa más extensa a otros impedimentos del CCyC.

Impedimento por afinidad.

En el caso de la afinidad, luego de analizar antecedentes históricos, culturales, y religiosos, y de analizar sus raíces canónicas, es difícil encontrar una fundamentación actual a este impedimento que justifique su constitucionalidad.

La idea de que el matrimonio es eterno y que subsiste hasta la muerte, es un concepto que se evidencia a través de que, por ejemplo, una persona nunca vuelve a ser “soltero o soltera” entendida esta etiqueta como un Estado Civil, dado que una vez que una persona pierde su soltería, nunca podrá recuperarla, sólo quedando las opciones de los estados civiles de casado, divorciado o viudo. Es un refuerzo a la idea de la institución matrimonial como conceptualmente perdurable de por vida, que va en contra de la legislación laica vigente que permite sin causa la posibilidad de disolver el vínculo matrimonial.

Llego a la conclusión que este impedimento, en la actualidad y en miras a la legislación supranacional, podría ser declarado inconstitucional, como ya sucedió en un fallo de la justicia de familia de Rosario en el año 2016.

Y más allá de su revisión de constitucionalidad, en el capítulo donde se aborda el tema específicamente, queda evidenciado que podría perfectamente lograrse su supresión del derecho positivo, inspirándose en las legislaciones más avanzadas en materia del derecho civil occidental, como son la mayoría de los países de Europa.

Luego de un divorcio o una muerte, el vínculo se ha roto, y con los familiares no existe vinculación de sangre, parentesco, ni ningún otro. Fuera de las razones históricas o religiosas, este inciso podría, insisto, considerarse su derogación en un debate futuro, a opinión de este autor.

Impedimento de matrimonio anterior.

Cuando se plante la prohibición por un matrimonio anterior, aquí lo que se induce, más allá del fraude que podría darse con el cónyuge que cree estarse casando con una persona soltera que por supuesto no es permisible, es el tema de una regulación monogámica del matrimonio en Argentina (y prácticamente en todo Occidente).

Habiendo analizado las distintas realidades en el mundo, los antecedentes y demás información, arribo a la conclusión de que reconocer al matrimonio como un núcleo de ni más ni menos de dos personas, es una decisión política-cultural-ideológica que adopta un país y brinda su marco regulatorio. Esta decisión está en sus facultades soberanas y protegida por las normas internacionales.

El Estado y las sociedades tienen derecho a definir sus instituciones según su cultura y a tener un sistema de justicia que mantenga la unidad y coherencia garantizando la protección de las mismas.

En este caso en particular es posible preguntarse a qué costo habría que mantener esta estructura jurídica matrimonial inmutable en cuanto a la cantidad de los miembros que la componen. ¿No podríamos estar violando el derecho supranacional de acceso al matrimonio a estas personas sólo por no regirse por los parámetros normativos sociales, culturales, religiosos y morales? Una respuesta a esta incógnita podría ser que un fallo afirmativo traería aparejado una necesaria reforma de regímenes de protección a los hijos e hijas o del derecho sucesorio.

Teniendo en cuenta la respuesta anterior ¿es posible modificar, en un caso concreto, sin legalizar formalmente sino permitiéndolo judicialmente, generando mediante un fallo todo un sistema distinto sucesorio por ejemplo, para garantizar el derecho al matrimonio en un sentido amplio? Es una hipótesis difícil de dilucidar y tal vez algún día haya un planteo judicial en este sentido y podamos tener jurisprudencia que ayude a generar mayores criterios con este tema en particular que, a diferencia del resto de los impedimentos (sin ser uno específico sino que resulta del propio concepto legal de matrimonio) afecta a todo el sistema legal establecido y no sólo a las personas involucradas.

En resumen, la prohibición es legal, no constitucional. La relevancia de esto es que lo legal es sometido de forma permanente a debate social, legislativo y judicial. Hoy no forma parte de la agenda la temática de la poligamia, pero tampoco la formaba la problemática de las parejas del mismo sexo que no podían acceder a sus derechos en los años 80 por ejemplo o inclusive aún luego de la reforma constitucional del '94 con la incorporación de los tratados al bloque constitucional. Los organismos y organizaciones de diversidad sexual no reclamaron su derecho al matrimonio sino hasta que el mismo fuese aprobado en otros países a partir del 2000 para finalmente verse reflejado en la ley 26.618 en 2010.

Considero que en un futuro se podría arribar, como en otras partes del mundo, en cierta legislación que, sin ser matrimonio, brinde ámbitos de protección familiar bajo figuras de "uniones" o cualquier otra, pero que reconozca ciertos derechos a las personas que tienen

modos y objetivos de vida distintos al común denominador de la población, y que producto de su decisión de vida, tengan hijos y formen familias.

Todas las familias, por más diversas que sean, tienen en derecho constitucional de la protección del Estado. Insisto, desde la figura del matrimonio o con otras figuras distintas pero que reconozcan derechos.

Impedimento de crimen.

Para la situación de la participación penal y homicidio, el fundamento de este impedimento está claro y ha sido expuesto oportunamente.

Considero que, si la persona que fue condenada por homicidio o partícipe, cumplió su condena en cualquiera de sus modalidades y ya pagó su deuda con la sociedad para las leyes vigentes, no comparto que deba existir un impedimento perpetuo, sino que debería fijarse un plazo en el Código, por ejemplo, agregando "durante el tiempo de la condena" o "por el tiempo que fije el juez".

Por ejemplo, si una persona que cometió por ejemplo un homicidio doloso simple, es decir que cumplirá una pena de entre 8 y 25 años, y que luego de superada la pena y con una supuesta por ley reinserción en la vida social plena que debiera ser sin estigmas, dado que la persona ya cumplió la enteridad de la condena, ¿por qué no permitirle luego de este periodo contraer el matrimonio?

Es cierto que existen en la legislación otras inhabilitaciones que pueden ser perpetuas por lo menos desde lo formal como por ejemplo la de ejercer cargos públicos o la de conducir. Es cuestionable si se puede equiparar, a nivel de derechos humanos, el de ejercer una función pública con el de acceder al derecho de reconocimiento de la vida familiar respaldado por los tratados internacionales mediante la figura del matrimonio. Esta inhabilitación perpetua de este derecho tan importante, ¿es constitucional?

Al no haber aún jurisprudencia en este sentido sólo puede quedar planteada la incógnita hasta la presentación judicial de casos concretos.

Si es relevante destacar, como ya fue desarrollado, que la propia legislación canónica es hasta más razonable al exigir la comprobación de una motivación específica dentro del homicidio, que es la de contraer el futuro matrimonio.

En la legislación actual argentina, como bien ya se dijo, queda abierta a posibles situaciones injustas donde una persona puede cometer un delito de homicidio sin siquiera conocer al o la cónyuge de la víctima y luego tendrá este impedimento que funcionará hasta como una pena anexa que no se encuentra en el Código Penal, que es que no podrá contraer matrimonio con una persona que tal vez ni siquiera conoce.

Si es necesario reconocer y celebrar la incorporación en el CCyC de la necesidad de una sentencia con respecto a esta limitación matrimonial, a los fines de quitar discrecionalidad a las autoridades públicas que tienen que decidir autorizar o no un acto matrimonial.

Impedimento por edad.

En cuanto al impedimento de edad y discernimiento la solución novedosa que aporta el CCyC parece correcta, autorizando la dispensa judicial ante casos concretos. Esto produce la posibilidad concreta de la protección de esa relación, a partir del análisis y decisión del juez. Es una solución que es acorde a los principios constitucionales y, como se planteó anteriormente, es un uso jurídicamente útil y correcto de la figura de la dispensa.

A su vez, con respecto al requisito en concreto de una edad cierta, como se evidencia en la evolución legislativa con respecto a las edades de referencia, plantear determinada edad es variable a la cultura de cada momento en la sociedad y se ha ido adaptando a su vez con la propia legislación canónica.

Es decir que es un impedimento que, más allá de evitar el matrimonio con niñas o niños como sucede en otros países y culturas, no se manifiesta como una cuestión pétrea, natural y no sometida al debate social, dado que, tal vez eventualmente la mayoría de edad se ejerza desde los 16 años (bajó de 21 a 18 en 2009), permitiendo el matrimonio sin autorización a partir de esa edad, al igual que ya pueden estas personas ejercer sus derechos políticos.

Recordemos, como ya se estableció, que hasta el propio Código Canónico, con el avance de los años, actualizó las edades para acceder al matrimonio religioso.

Es un ejemplo más de cómo los impedimentos que parte de la doctrina los entiende como invariables en el tiempo, han sido sometido a cambios en la historia institucional del país.

Consideraciones finales

El Código Civil, al expresar estas prohibiciones de contraer matrimonio, restringe un derecho que es el reconocimiento del Estado a la vida en familia consagrado en leyes supranacionales.

Por supuesto que cada uno de los impedimentos responde a fundamentos y razonamientos lógicos no solo del legislador del siglo XIX, sino de las fuentes del Código Civil y de una sociedad que acompañaba esta revolucionaria ley para esa época. Pero cada uno de los incisos posee razonamientos, interpretaciones y apreciaciones diversas y que pueden ir mutando en el tiempo, como la realidad social y jurídica.

Es necesario, ya adentrados en el siglo XXI, realizar una relectura de las leyes argentinas, desde la Constitucionalización del Derecho Privado. Esta nueva perspectiva jurídica, que obtuvo su punto inflexivo en el fallo Sejean, debe regir las interpretaciones y fallos de la justicia en adelante. Es fundamental que las normas jurídicas que rigen la vida en sociedad sean armónicas con la Constitución Nacional y con los Tratados Internacionales con Jerarquía Constitucional.

Como se ha expresado en el presente trabajo y conclusiones, la regla con respecto a las uniones matrimoniales debería ser la permisión y las excepciones prohibitivas deberían ser muy acotadas, justificadas más allá de sus fuentes histórico-religiosas y susceptibles prácticamente todas a la posibilidad de una dispensa judicial. Esta sería una solución que mantendría una armonía con las normativas nacionales y supranacionales y a su vez evitando modificaciones de las leyes que puedan generar malestar y rechazo social; modificaciones que muy difícilmente algún día se pudieran concretar en la realidad legislativa en un mediano plazo.

Y con respecto a los casos en que efectivamente no se pueda avalar la posibilidad de matrimonio, el Estado debería poder brindar contención jurídica y social a través de otras instituciones creadas al efecto que, con diferencias con respecto a la figura del matrimonio, otorgue igualmente derechos y obligaciones y brinde un marco de protección tanto para la pareja, miembros de la unión como para los hijos que resulten de aquella, en miras también del interés superior del niño, reconocido en la ley argentina y en los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

- Azpiri, Jorge. O. (2015) *Incidencias del Código Civil y Comercial. Derecho de Familia*.
- Bidart Campos, Germán J.(1994) *Familia y derechos humanos*, en *El Derecho de Familia y los nuevos paradigmas*, T. 1 Coordinadora Kemelmajer de Carlucci, Aída, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni
- Barfield, Thomas (2000), *Diccionario de Antropología*, Siglo XXI, México.
- Belluscio, Augusto César (2002) *Manual de Derecho de Familia - Tomo 1-*. 7ma edición.
- Borda, Guillermo A. (1993) *Tratado de Derecho Civil – Familia*. Tomo I. Abeledo-Perrot
- Buchler, Ira (1982), *Estudios de parentesco*, Barcelona, Anagrama
- Cairncross, J. (1974). *After Polygamy was Made a Sin: The Social History of Christian Polygamy*. Londres: Routledge & Kegan Paul.
- Cedeira, Brais (17 de junio de 2017) Los hermanos Moya, 40 años como pareja: dos hijos, libro de familia, pero no pueden casarse- *El Español*. Recuperado de https://www.elespanol.com/reportajes/grandes-historias/20170616/224228478_0.html
- Charlesworth D, Willis JH. (2009)*The genetics of inbreeding depression*, Nat Rev Genet , vol. 10

- Córdoba, Marcos M. en Bueres, Alberto J., -Director- *Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias*, Tomo 2, 1a. edición, Bs. As., Hammurabi
- Familia "de a tres": Brasil aprueba la poligamia (30 de agosto de 2012). *Todo Noticias*. Recuperado de https://tn.com.ar/internacional/familia-de-a-tres-brasil-aprueba-la-poligamia_268921
- Fernández Sessarego, Carlos (1999) “El daño al “proyecto de vida” en una reciente sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Revista de Responsabilidad Civil y seguros*. Alterini, Atilio A., Director. LL. año 1, n° 4,
- La poligamia divide a Sudáfrica: el país tiene cuatro “Primeras Damas” (20 de abril de 2012). *Noticias24*. Recuperado de <https://www.noticias24.com/internacionales/noticia/35827/la-poligamia-divide-a-sudafrica-el-pais-tiene-cuatro-primeras-damas-video/>
- Polémica en EEUU: un juez habilitó la poligamia (29 de agosto de 2014). *Hoy Bolivia*. Recuperado de <https://www.hoy.com.bo/2014/08/29/1591148-polemica-eeuu-un-juez-habilito-la-poligamia/>
- Reyes Vizcaíno, Pedro María. *Los impedimentos en el derecho matrimonial canónico*. Recuperado de <http://www.iuscanonicum.org/index.php/derecho-matrimonial/los-impedimentos/52-los-impedimentos-en-el-derecho-matrimonial-canonical.html>
- Rivera, Julio César (2004). *Instituciones del Derecho Civil*. Buenos Aires.
- Márquez ,Ricardo Sánchez. (1996) *El parentesco en el Derecho Comparado*. México. Universidad Autónoma San Luis Potosí.
- Mazinghi, Jorge A., (1995). *Derecho de familia*. t. I., §62, 3ª ed., Buenos Aires.

- Molina de Juan, Mariel (2015) *Código Civil y Comercial comentado*, Tomo 3, Buenos Aires,
- Morell Ruiz, Olga. (2008) *El levirato: del mundo bíblico al judaísmo clásico*. Recuperado de <http://www.meahhebreo.com/index.php/meahhebreo/article/viewFile/89/81>
- Murdock, G. P. (1967). *Ethnographic Atlas: A Summary*. Pittsburgh: The University of Pittsburgh Press
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2019) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Recuperado de www.ohchr.org San Román, Teresa y Aurora González Echevarría (1994): *Las relaciones de parentesco*, Universitat Autònoma de Barcelona, Bellaterra.
- Organización de los Estados Americanos (2019) *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Recuperado en www.oas.org
- Viladrich, Pedro-Juan (2001). *El modelo antropológico del matrimonio*. Ediciones Rialp
- Zannoni Bossert, Gustavo. *Manual de Derecho de Familia*. 6ta edición.

ANEXO 1**Expte. N 3379 – “N. V. E. y Otra S/ Inconstitucionalidad Art. 403 INC. c) CCC” –
TRIBUNAL COLEGIADO DE FAMILIA N° 5 DE ROSARIO (Santa Fe) – 29/11/2016**

N° 3379 ROSARIO, 29 de noviembre de 2016

Y VISTOS: Los presentes caratulados: N V E y OTRA S/ INCONSTITUCIONALIDAD
ART. 403 INC. c CCC. EXTE. N°...

DE LOS QUE RESULTA: D L abogado de L G C y V E N peticiona la declaración de
inconstitucionalidad del art. 403 inc. C) del Código Civil y Comercial y por tanto pide se
conceda la autorización para el matrimonio de sus poderdantes. Refiere que V E N EL
25/12/1983 de la unión entre C E N y E G D, quien falleció el 15/01/1999. el 25/09/2009 su
progenitor contrae segundas nupcias con L G C. El 22/01/2010, fallece aquél.

Luego de ello V N y L C comienzan una relación de noviazgo, sin haber tenido nunca entre
ellas trato de madrastra/hijastra y actualmente conviven. Indica que esa relación amorosa
nació del afecto, la sinceridad, apoyo y compañerismo y por ello sus mandantes quieren
contraer matrimonio. Se presentan el 07/11/2016 al Registro Civil y le entregan dos
formularios de solicitud de matrimonio, que se celebraría el 14/11/2016 y contrataron salón,
servicio de catering, cotillón y viaje para festejar su matrimonio. Su felicidad les duró poco ya
que recibieron una llamada el 10/11/2016 del Registro Civil haciéndoles saber que no pueden
celebrar el matrimonio por existir impedimento entre ellas, lo cual las devastó
emocionalmente y debieron cancelar todos los servicios contratados y la luna de miel
generándoles enormes pérdidas económicas, pues habían previamente habían contraído un
préstamo. Solicita la inconstitucionalidad del caso concreto ya que la interpretación literal del
art. 403 inc. C) del Código Civil y Comercial conlleva una notoria injusticia y que la
declaración no es para todos los casos pudiendo declararse expresamente que una norma no es
inconstitucional por sí misma, sino en tanto interpretación y aplicación. Funda su presentación
en el art. 2 del Código Civil y Comercial y comentario doctrinal donde se sostiene que el
nuevo criterio de interpretación además de abrir la consideración objetiva del texto al
momento de que resulte necesaria su interpretación permite sopesar diversos efectos según los

alcances que se le adjudiquen a la norma, no sólo en relación con el caso concreto sino con su armonización en el conjunto de todo el ordenamiento jurídico. Señala como principios constitucionales afectados el de reserva -ar. 19 CN- y el de supremacía de la Constitución -art. 31-. refiere a la vigencia de los tratados internacionales y cita el ar. 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. XVIII y XXVIII de la Declaración Americana de Derechos Humanos. Apunta que la norma encuentra la prohibición en un punto de vista biológico pues las relaciones incestuosas traen defectos congénitos y potencian el riesgo de heredar rasgos negativos en la familia, que no es el caso de su lite ya que no existe parentesco biológico entre las personas involucradas. También desde el parentesco jurídico por índoles meramente morales y que son de carácter subjetivo pues la Constitución establece que cuando no afecten el orden público quedan fuera del alcance de los magistrados. Repasa la historia de la prohibición con mención a la Edad Media, la Biblia y estima que el legislador establece la prohibición en cuanto a los parientes por afinidad que habían compartido una vivienda, una comunidad de vida que había hecho que estos fueran una familia y por tanto repugnante para su moralidad que estas personas se unieran luego en matrimonio.

Subraya que el Derecho Bizantino prohibía estas nupcias entre los afines pero traía excepciones. Advierte que San Agustín aboga por la prohibición y que las partidas adoptan estas ideas y hace notar que se hacía mención al carácter religioso de la prohibición. Vélez adopta el matrimonio religioso y que tenía efectos jurídicos. Observa que el matrimonio civil se diferencia cada día más del religioso y repasa la evolución legislativa de las sucesivas reformas, llegando a la conclusión que es un acto jurídico que une a dos personas permitiendo mayor libertad a los partícipes del acto para acordar cuestiones de índole patrimonial o extrapatrimonial.

Informa que El Código Civil y Comercial está basado en un paradigma no discriminatorio, para una sociedad multicultural, sin que ello signifique promover determinadas conductas o decisión valorativa respecto de alguna de ellas, sino de regular una serie de opciones de vidas propias de una sociedad pluralista en la que conviven diferentes visiones que el legislador no puede desatender. Afirma que sus mandantes tienen la misma edad, por lo que nunca hubo una relación o fama que pudiera afirmarse que eran parientes ni vínculo de madre/hija, a diferencia de lo que decía Justiniano ellas nunca fueron “como si fueran madre e hija”.

Apunta que el Código Civil y Comercial permite contraer matrimonio a tío y sobrina que hayan convivido toda la vida en ese carácter en una casa común pero lo impide en este caso ya que el código fija una pauta fija sin mayores explicaciones, copiando disposiciones más antiguas, estableciendo una prohibición que pareciera ser absoluta. Señala que el matrimonio anterior duró apenas un año y se extinguió hace más de seis años, por lo que no existió posibilidad alguna de que se forjara la relación por el paso del tiempo, como el legislador pudo haber temido. En cuanto a los efectos del futuro matrimonio, afirma que no es un obstáculo para la relación que puedan sostener en la intimidad ya que a diferencia de otros Estados nuestro Código Penal no prohíbe la convivencia incestuosa ni la castiga en forma alguna, que la sanción no violenta derechos de terceros ni representa un obstáculo para tener hijos o adoptar, no se violenta ninguna relación social o cultural. El único efecto que persiguen sus mandantes es establecer relaciones jurídicas de carácter familiar y patrimonial bajo un matrimonio civil. Finalmente sostiene que como estos casos son raros nunca existió la presión social para modificar este aspecto legal, por lo que en cumplimiento del mandato de afianzar la justicia no se debe impedir este matrimonio por un rigorismo excesivo que violenta el espíritu mismo de la ley. Acompaña la documental pertinente (fs. 1/23) por lo que se encuentran los presentes en estado de resolver;

Y CONSIDERANDO: Que la cónyuge sobreviviente y la hija del cónyuge de aquella peticionan la inconstitucionalidad del artículo 403 inc. c) del Código Civil y Comercial que les impide celebrar matrimonio por ser parientes afines en línea recta.

De las constancias de autos surge que las demandantes están legitimadas para incoar la presente conforme certificado de matrimonio de una de las pretendientes, nacimiento de su prometida de un matrimonio anterior del fallecido, defunción del cónyuge de aquella y padre de ésta última, sin descendencia entre el fallecido y su cónyuge sobreviviente (fs. 4/7).

Asimismo acompañan la solicitud de celebración de matrimonio expedida, completada y firmada por las pretendientes y el Oficial Público del Registro Civil de la . Sección de ésta ciudad. (fs. 8)

El matrimonio de la viuda con el progenitor de su actual novia tuvo una extensión menor a cuatro meses y el fallecimiento de aquél se produjo hace más de seis años. Según las constancias del formulario entregado por el Registro Civil y Capacidad de las Personas que completaron al solicitar contraer matrimonio y de acuerdo al escrito inicial, las demandantes

conviven en ésta ciudad, por lo que éste Tribunal es competente territorial, material y funcionalmente.

Entre las prohibiciones legales para contraer matrimonio el Código Civil y Comercial reitera el impedimento por afinidad en línea recta en todos los grados (art. 403 inc c) y en la clasificación se ubica dentro de los dirimientes porque además la prohibición entre los parientes ubicados en esa línea, (la cónyuge sobreviviente y la hija del cónyuge de aquélla para el caso de autos), es causal de nulidad absoluta para el supuesto de celebrarse las nupcias.

A su vez, tampoco podrían registrar la unión convivencial entre ambas por estar en contravención con el art. 510 inc. c) del ordenamiento civil y comercial.

Debemos analizar e interpretar la legislación vigente, esto el Código Civil y Comercial, en relación a los derechos supralegales que las demandantes invocan vulnerados -control judicial de constitucionalidad-; las exigencias de protección efectiva que contienen cada uno de los Tratados y Convenciones Internacionales incorporados a la Constitución Nacional por el art. 75 inc. 22; el control de convencionalidad que obliga a velar por la supremacía de los tratados internacionales relativos a derechos humanos incorporados con jerarquía constitucional y que conforme la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando se tiene un sistema de control de constitucionalidad difuso –como Argentina- constituye a todos los jueces en garantes de la supremacía convencional y finalmente brindar el fundamento para admitir o rechazar la pretensión.

LA LEY: acorde con el nuevo ordenamiento civil y comercial la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento. -art. 2 Código Civil y Comercial-

En orden al primer razonamiento acorde la literalidad legal la celebración de matrimonio entre la cónyuge sobreviviente y la hija del cónyuge de aquélla , está vedado luego de fallecido el marido de aquélla y el padre de la última, que es precisamente cuando nace el impedimento por afinidad en línea recta, puesto que el obstáculo carecería de sentido si no extingue el matrimonio que lo causó, porque en ese caso obra el impedimento de ligamen

Por tanto, para desviarse de la solución legal deberá darse razones expresas y suficientes que justifiquen ese apartamiento, teniendo siempre presente el trasfondo humano de éste conflicto

y brindar una alternativa razonable con argumentos jurídicamente válidos para avalar esa elección

LA FINALIDAD DE LA LEY: en el caso el impedimento legal es conteste con la prohibición dirimente y no dispensable que arrastra como sanción la nulidad absoluta del vínculo matrimonial

LOS TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS: Al extenso mutismo doctrinario y casi nula referencia jurisprudencial sobre la relación del Código Civil con la Constitución, a pesar de ser aquél una suerte de ley orgánica de los derechos civiles consagrados constitucionalmente -arts. 14 a 20-, a partir de 1984 y con mayor intensidad luego de la Constitución de 1994, existe un perceptible cambio de orientación cimentado elementalmente en que la legislación codificada no puede contradecir a la Constitución y que de ésta emanan Derechos con reconocida jerarquía constitucional derivados especialmente del derecho internacional de los derechos humanos, Tratados que tienen superioridad sobre otros tratados y leyes.

Es evidente que todo derecho humano compromete la dignidad de su titular porque hace a ella. La palabra “dignidad” alude a la eminencia del ser humano, su grandeza y su traducción inmediata ha sido históricamente una exigencia de respeto incondicionado, como fin en sí mismo, según la expresión kantiana (SERNA, Pedro. El derecho a la vida en el horizonte cultural europeo de fin de siglo en MASSINI CORREAS, Carlos I., El derecho a la vida en la sistematización de los derechos humanos, en El derecho a la vida, Pamplona, 1998, ps 63) No es posible encontrar un intento de definición de los derechos humanos que prescindiera de la dignidad humana y de su protección y es notable que ella se encuentra también ínsita en el pensamiento iuspositivista (JIMENEZ, Eduardo Pablo, Sistema jurídico y derechos humanos, ED., 194-949)

La consagración de los derechos humanos a nivel internacional con las Declaraciones y su incorporación a la Constitución Nacional por el art. 75 inc. 22 significa el reconocimiento a la realización de uno o varios bienes humanos básicos de los que comienzan en la comunidad inmediata de la familia.

Por otra parte resulta evidente que esos derechos existen, es decir, son exigibles sin depender esencialmente de su reconocimiento por el derecho positivo y aún cuando un determinado ordenamiento positivo los niegue o los desconozca (MASSINI CORREAS, óp cit.)

Estos derechos de realización familiar se ejercitan y satisfacen en el seno del grupo de convivencia inmediata y dentro de aquellos con rango constitucional que favorecen y defienden la autonomía y libertad personal, pueden mencionarse:

1.- Derecho a la libertad: ART. 3 Declaración Universal de DD HH; art. I Declaración Americana de DD.HH.; art. 7.1 Pacto de San José de Costa Rica; art. 9.1 Pacto de Derechos Civiles; 2.- Libertad de Asociación: ART. 20 Declaración Universal de DD HH; art. XXII Declaración Americana de DD.HH.; art. 16 Pacto de San José de Costa Rica; art. 22.1 Pacto de Derechos Civiles; 3.- Respeto a la vida privada: ART. 12 Declaración Universal de DD HH; art. V Declaración Americana de DD.HH.; art. 11.1 Pacto de San José de Costa Rica; art. 17.1/2 Pacto de Derechos Civiles; 4.- los derechos del hombre y su alcance, esto es el límite del límite para lo cual cabe citar: ART. 29.2 Declaración Universal de DD HH; art. XXVIII Declaración Americana de DD.HH.; art. 32.2 Pacto de San José de Costa Rica; art. 12.3 Pacto de Derechos Civiles; Art. 4 Pacto de Derechos Económico

Por último hay un aspecto que si bien no está expresamente contenido en estos Tratados, la doctrina lo refiere como derecho al proyecto de vida personal y esto insinúa la afirmación de que el principio supremo de justicia apunta al desarrollo de la persona humana, según las enseñanzas de Werner Goldsmichdt. (ver FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos “El daño al “proyecto de vida” en una reciente sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Revista de Responsabilidad Civil y seguros. ALTERINI, Atilio A., Director. LL. año 1, n° 4, Julio-agosto de 1999)

LOS PRINCIPIOS JURIDICOS el reconocimiento de los principios jurídicos como pauta interpretativa posibilita una reflexión y para Dworkin parecen funcionar al máximo en los casos difíciles, (aquellos que no se pueden subsumir de manera sencilla bajo una o varias reglas jurídicas) en los cuales desempeñan un rol esencial en la argumentación que fundamenta juicios relativos a determinados derechos u obligaciones llegando hasta justificar la creación de una nueva norma (DWORKIN, Ronald, Los derechos en serio, versión castellana, Edit. Ariel, Barcelona, 1984, p. 80)

En la fundamentación y análisis de los principios nos inclinamos por la armonización como forma de interpretar las declaraciones derechos y garantías constitucionales de modo de asegurar el uso pacífico y efectivo del derecho que en el caso se invoca conculcado.

Si se coincide, en que el procedimiento de observación y comparación que trate de asegurar el alcance, reconocer el contenido y evaluar los límites que condicionan al derecho en cuestión resguardando su naturaleza y sus objetivos dentro del ordenamiento constitucional es exigido por el principio de inexistencia de derechos absolutos (conf. CAYUSO, Susana Graciela. La prueba compulsiva de sangre y los derechos y garantías constitucionales. Confrontación o armonía. LL, 2003-F-963) igual verificación cabe para la razonabilidad de los límites – la prohibición de los parientes afines en línea recta para contraer matrimonio cuando como en el lance no existió trato familiar entre ellos y por ende no habría reproche ético- que no pueden ser independizados de los fines constitucionalmente legítimos como forma de no alterar el contenido sustantivo de los derechos individuales.

La Corte Federal interpretó que los derechos fundados en cualquiera de las cláusulas de la Constitución tienen igual jerarquía, y que la interpretación debe armonizarlos, ya se trate de derechos individuales o de atribuciones estatales. Obviamente, esta afirmación es válida en tanto no haya sido el mismo constituyente quien atribuyera específicamente a ciertos derechos una importancia superior (CSJN,08/09/1992, “Servini de Cubría, María Romilda s/ amparo (S. 303 S. 292)”, voto del Dr. Belluscio., Fallos, 315:1943)

La recepción en el derecho público que con doble fuente le vienen dando al derecho de familia el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos ya no deja espacio para que los códigos de derecho privado sean pensados como si en su campo fueran el techo y el árbitro final del ordenamiento jurídico, porque ahora tienen parámetros y normas superiores y vinculantes. (BIDART CAMPOS, Germán J. Familia y derechos humanos, en El Derecho de Familia y los nuevos paradigmas, Coordinadora KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, T. 1, ps. 29 y ss)

Por tanto se tomará como lineamiento que los principios son patrones que responden a una exigencia de justicia para las particularidades que el caso presenta con eficacia interpretativa para inspirar soluciones que hagan a la comprensión integral de los derechos humanos de estas dos personas.

Dentro de estos principios y para el caso bajo análisis importa resaltar la autonomía de la voluntad que desde hace un tiempo es respetada y considerada para interpretar e integrar la legislación en relación a las relaciones personales y patrimoniales.

En ese sentido en las XIX Jornadas de Derecho Civil, uno de los despachos mayoritarios concluyó que: “La autonomía de la voluntad en las relaciones personales de familia está íntimamente ligada al principio de reserva que consagra el art. 19 de la Constitución Nacional y consecuentemente a la noción de orden público vigente en una época y en una sociedad determinadas” (Rosario, 2003)

El derecho de la autonomía de la parte general del derecho privado “no puede aplicarse del mismo modo al Derecho de Familia, tiene contornos peculiares, diferenciados; una relación de familia es íntima, no es otro cualquiera, es otra que forja mi identidad, cada identidad es relacional y conforma íntimamente la personalidad” (BASSET, Úrsula C., Seminario Permanente sobre Investigación del Derecho de la Persona Humana, Familia y Sucesiones, Facultad de Derecho, UBA, 2016)

El Código Civil y Comercial determina que las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto aquellas leyes en cuya observancia está interesado el orden público (art. 12) y en cuanto al objeto del acto jurídico, entre otras, no debe ser un hecho contrario a la moral, a las buenas costumbres, al orden público (art. 279) y sanciona con de nulidad absoluta los actos que contravienen el orden público (art. 386)

Según los preceptos transcriptos aparece como un obstáculo insalvable la posibilidad de habilitar la realización de un matrimonio con sus efectos jurídicos a dos personas que son parientes afines en línea recta y que el ordenamiento jurídico vigente sanciona, para el caso de celebrarse, con la nulidad absoluta

Conforme el interés que protege el precepto del párrafo anterior para este excepcional planteo, ¿debemos recurrir a la imperatividad de la ley y por ende rechazar la pretensión o podemos inclinarnos hacia la autonomía de la voluntad y promover este derecho esencial de estas dos personas respetando su vida privada y consecuentemente vía la declaración de inconstitucionalidad autorizar la celebración del matrimonio?

¿A cuál ha de recurrirse en la necesaria precisión para el ejercicio de los derechos de este supuesto infrecuente ?

No hay duda de la presencia del orden público en el Derecho de Familia como resguardo a los valores sociales comprometidos y por el respeto mutuo que se deben sujetos dotados de la misma titularidad de derechos e independencia.

El punto es si el referido orden público es invariablemente absoluto cuando impide, bajo sanción de nulidad, el derecho a organizar la vida íntima y personal según los principios de solidaridad, igualdad afectiva y responsabilidad, bajo la forma matrimonial, como es el planteo de autos.

La autonomía de la voluntad es obvio que hace a la libertad y que de ella deriva en su definitiva “posibilidad de decidir sin condicionamientos externos” (LORENZETTI, Ricardo Luis Las normas fundamentales de Derecho Privado, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1995, pág. 342)

Bidart Campos explicaba que si de un lado hemos colocado la intimidad y la autonomía personal y de otro las limitaciones, las reglamentaciones legales, el orden público, la moral pública y los derechos ajenos, el test habría de inclinarse a favorecer todo lo que pertenece al ámbito de la libertad y de las decisiones del Estado las cuestiones que con claridad y certeza no pueden dejarse libradas totalmente a la voluntad personal. Habría una moderada interpretación aplicativa del principio pro homine en vez de pro Estado (BIDART CAMPOS, Germán J., Intimidad y autonomía de la voluntad en el Derecho de Familia: ¿para qué?, hasta dónde, de qué alcance? En Derecho de Familia Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, N° 15, p. 9. Abeledo Perrot, octubre de 1999.)

Mourlon ha emitido un juicio audaz, pero gráfico, al sostener, que el orden público «más se siente que se define», es decir tal vez este tipo de cuestiones deben ser intuitas y descubiertas más por el sentimiento que por la razón. (MOURLON, Frédéric. Répétition écrites sur le Code Civil, 13. ed. Revisada y puesta la día por Ch. Demangest; Paris, Gamier. T. I, 1896 p. 55 citado por CIURO CALDANI, Miguel Angel. Filosofía del orden público en la postmodernidad, en el homenaje a Giole SOLARI en el quincuagésimo aniversario de la aparición del primer tomo de la edición argentina de su “Filosofía del Derecho Privado”, Rosario, 2006)

LOS VALORES JURIDICOS Los valores mencionados en la Constitución y en las leyes son citados frecuentemente en las resoluciones judiciales, vg. Afianzar la justicia, el bienestar general, la solidaridad, etc. Reiteradamente nuestro máximo tribunal descalificó que pudiese existir entre los derechos consagrados por la Constitución una jerarquía de valores que conduzca a anular uno por reconocer prioridad a otro.

Es inadmisibles el criterio interpretativo que dé por resultado que unas disposiciones queden sin efecto por la aplicación de otras, pues sería absurdo entender que los constituyentes enunciaron una serie de derechos entre los cuales hubiese una escala de valores, de tal modo que unos prevaleciesen sobre otros, anulándose (Fallos: 300:1080; 301:460; 304:794; 307:518)

Precisamente con relación a la interpretación constitucional, la Corte Federal repetidamente sustentó que los derechos fundados en cualquiera de las cláusulas de la Constitución tienen igual jerarquía, y que la interpretación debe armonizarlas, ya se trate de derechos individuales o de atribuciones estatales (Fallos: 255:293; 264:94; 272:231; 310:2709)

Todos los filósofos y pensadores con influjo en la filosofía de los textos constitucionales garantes de las libertades fundamentales, sea que se trate de una influencia próxima (Rawls, Dworkin, Nino, Popper, Habermas, Vattimo, Jonas, Wotjyla, Kelsen, Kaufmann, etc.) o lejana (Aristóteles, Rousseau, Montesquieu, Kant, Hegel, etc) son conformes en reconocer que un rasgo distintivo de la libertad es la autonomía de la voluntad y que quien atenta ilegítimamente contra ella, atenta contra la misma libertad (CHIESA, Pedro José María, El derecho a la protección constitucional de las opciones matrimoniales definitivas. Tesis doctoral presentada en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad Nacional de Córdoba. Edición del autor, Tucumán, 2010, pág 246)

La existencia de este vínculo afectivo entre estas dos personas que tratan de diseñar un proyecto conjunto basado en la sinceridad, apoyo y compañerismo exentas de un mero capricho o por una necesidad u obtener una tranquilidad económica hace que exploremos una jurisdicción creativa y no meramente declarativa.

ANTECEDENTES HISTORICOS

Con diferentes alcances según las legislaciones, el impedimento de afinidad para contraer matrimonio válido es de aplicación bastante generalizado, y su fundamento es exclusivamente de carácter moral, ya que se ha dicho que si bien no tiene el vigor y el contenido propios del parentesco por consanguinidad, «la pequeña comunidad que constituye la familia debe ser preservada del elemento de perturbación que nacería de la posibilidad de uniones sexuales entre sus miembros, aun cuando ellos no sean afines» (MAZZINGHI, Jorge A., «Derecho de familia», t. I., §62, 3ª ed., Buenos Aires, 1995)

Aunque no hay uniformidad de opiniones, pareciera que la instrumentación del parentesco por afinidad es el resultado de la evolución de ordenamientos jurídicos. Así se indica que existía entre los hebreos, aunque el antecedente remoto del ordenamiento legislativo nacional es el derecho romano, donde en un principio tenía igual alcance y sólo se consideraba al matrimonio entre afines como moralmente reprobable, una norma del tiempo de Augusto y lo prohibió en la línea recta y partir de Constantino se lo extendió a los cuñados. Luego el principal efecto, en lo que aquí importa, es el impedimento de matrimonio (MALASPINA, José Rafael. El parentesco por afinidad. ED, 101-996; VEGA SALAS, Francisco. Síntesis práctica sobre la regulación del divorcio en España. Ed. Praxis. Barcelona, 1981, pág. 9 y ss.) Es en la Iglesia católica donde nace la teoría de que el matrimonio consumado hace de los dos cónyuges una sola carne, a los fines de equiparar la afinidad con la consanguinidad en materia de impedimentos matrimoniales. El Código de Derecho Canónico vigente mantiene el impedimento (Cn 1092), dispensable por el Ordinario del lugar (Comentario al Cn 1092 Código de Derecho Canónico, promulgado el 25 de enero de 1983 por S. S. Juan Pablo II, mediante la Constitución Apostólica *Sacrae disciplinae leges*. Edición bilingüe y anotada a cargo del Instituto Martín de Azpilcueta. Universidad de Navarra, Pamplona 1989) En ese sentido el Papa dispensa a los infieles convertidos casados dentro de este primer grado de afinidad, si ellos contrajeron matrimonio de acuerdo a la ley de su país.” Esto supone que la afinidad en primer grado de línea directa no es un impedimento de la Ley Divina o natural. (Enciclopedia católica online «OMNIA DOCET PER OMNIA» ec.aciprensa.com/wiki/)

LEGISLACIONES EUROPEAS Las legislaciones europeas muestran una diversidad de soluciones, aunque es notorio que las últimas reformas se inclinan hacia la supresión del impedimento de afinidad por considerarlo privado de fundamento. Pueden formularse la siguiente clasificación:

- a) Países que mantienen el impedimento no dispensable en la línea recta, sin admitir la dispensa: Grecia (Código Civil, art. 1357), Holanda (Código Civil, art. 41, inc. 2), Portugal (Código Civil, art. 1602, c), Irlanda (leyes de 1835, 1917 y 1921) y Turquía (Código Civil, art. 92).
- b) Países que admiten la dispensa en la línea recta. Dinamarca, si no es contrario al bienestar de los hijos del matrimonio anterior (ley de 1969, art. 7), Francia, donde la afinidad en línea recta puede ser dispensada por el Presidente de la República, por causas graves (Código Civil,

arts. 161, 162 y 164), y Polonia, si existen motivos graves (Código de la Familia y la Tutela, art. 14, § 21).

c) Países en que el impedimento no existe o ha sido suprimido: Alemania (ley de matrimonio e 1998), Austria (ley de 1983), Belarús (Código del Matrimonio y la Familia de 2001), Bulgaria (Código de Familia de 1985), España (Código Civil, art. 47 reformado en 1981), Hungría (Ley de Familia de 1952 con diversas reformas), Lituania (Código Civil de 2000), Noruega (Ley de Matrimonio de 1991), República Checa (Código de Familia de 1963 reformado en 1992), Rumania (Código de Familia de 1954 con diversas modificaciones), Serbia (Ley de Familia de 2005), Eslovaquia (Código de Familia de 1949 con modificaciones), Eslovenia (Ley de Matrimonio y Relaciones Familiares actualizada en 1989) y Suecia (Código del Matrimonio de 1987).

A su vez casi todos los países de América prohíben contraer matrimonio entre sí a los ascendientes y descendientes por afinidad, algunos de ellos con alcance a las líneas colaterales (conf. PELTZER, Julio Enrique., voz “Afinidad” en Enciclopedia de Derecho de Familia, LAGOMARSINO Carlos A. R y SALERNO Marcelo U. -Directores- , ed. Universidad, Bs. As. T. I, pág. 184)

FALLOS DE TRIBUNALES SUPERIORES EXTRANJEROS

A.- LA CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS El máximo tribunal europeo descalificó el impedimento de afinidad por violatorio del derecho de casarse, al menos en cuanto no pueda ser levantado por una dispensa. Se trataba de una relación amorosa entre suegro y nuera, que cohabitaron a partir del momento en que el marido de la mujer abandona el hogar. La mujer tenía un hijo de su matrimonio por tanto, nieto de su conviviente, que finalmente empezó a tratarlo de «Papá». En 2002 intentaron casarse, lo que les fue negado por el oficial del estado civil del Reino Unido en tanto continuasen en vida los ex-cónyuges de uno y otro, en virtud de la existencia del impedimento matrimonial de afinidad contemplado en la Marriage Act 1949 reformada por la Marriage (Prohibited Degrees of Relationship) Act 1986. La ley de 1949 contenía la prohibición absoluta de matrimonio entre suegro y nuera, y la modificatoria de 1986 lo permite entre suegro y nuera o suegra y yerno si ambos tienen más de 21 años y el más joven nunca tuvo el carácter de «hijo de la familia» con relación al mayor. Sin embargo, de acuerdo al régimen jurídico anglosajón, el Parlamento puede

exceptuar la aplicación del impedimento matrimonial legal en casos singulares, lo que ha hecho en varias ocasiones, sin que existan pautas generales para otorgar la excepción. Los interesados requirieron la intervención de la Corte Europea de Derechos Humanos invocando la violación del art. 12 de la Convención Europea, que acuerda a las personas en edad núbil el derecho de casarse y fundar una familia conforme a las leyes nacionales que regulen el ejercicio de ese derecho, y del art. 14, que prohíbe la discriminación por razón de sexo, raza, color, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación. Consideraron que la restricción era desproporcionada e injustificada. Agregaron que sus relaciones comenzaron cuando sus matrimonios previos ya estaban destruidos, por lo que no existía ninguna situación de rivalidad sexual entre padre e hijo, y que tampoco existía problema alguno con el hijo de ella, que compartía el deseo de que se casaran y quería entrar a formar parte de una familia normal. En fin, que la prohibición impedía el reconocimiento de una realidad fáctica, y que no perseguía en el caso ninguna finalidad. Señalaron que habían pasado 18 años desde la sanción de la última ley, período en el cual la actitud social hacia el matrimonio y las relaciones entre los sexos habían cambiado considerablemente.

La Corte partió de la base de que el art. 12 de la Convención asegura el derecho fundamental de un hombre y una mujer de casarse y fundar una familia, cuyo ejercicio tiene consecuencias sociales, personales y legales, y que las limitaciones a ese derecho no pueden restringirlo o reducirlo de modo tal que alteren su esencia. Hizo mérito de que los solicitantes vivían juntos permanentemente desde largo tiempo atrás pero no podían obtener el reconocimiento legal y social de su relación mediante el matrimonio a causa del impedimento legal.

Sostuvo que no pretendía sustituir con su propio juicio el de autoridades que están mejor colocadas para valorar las necesidades de la sociedad, reconociendo que un gran número de los Estados partes mantienen el impedimento matrimonial en el primer grado de afinidad. Sin embargo, añadió que los hechos del caso debían ser examinados en relación con el contexto de las normas del Reino Unido, donde el impedimento protege la integridad de la familia previniendo la rivalidad sexual entre padres e hijos y el daño que pudiera causar a los hijos el cambio de las relaciones entre los adultos que los rodean.

Argumentó que, a pesar de todo, ese impedimento matrimonial no puede prevenir que las relaciones existan, lo que estaba demostrado en el caso. Ni la incriminación del incesto ni otra

norma de derecho penal pueden impedir las relaciones extramatrimoniales entre suegro y nuera o suegra y yerno ni siquiera en el supuesto de que vivan en el mismo hogar. Tampoco podría decirse que en el caso la aplicación de la prohibición a los solicitantes pudiera prevenir una confusión o inseguridad emocional del hijo de la mujer. (BELLUSCIO, Augusto César La Corte Europea de Derechos Humanos descalifica el impedimento matrimonial de afinidad. Fallo del 13/09/2005. LL .,2006-A , 982)

B.- LA CORTE DE CASACION DE FRANCIA: Esta Corte más recientemente aceptó ese criterio al rechazar la nulidad del matrimonio celebrado entre suegro y nuera después del fallecimiento del hijo de aquél y que había durado veinte años, por considerar que de otro modo se haría violado el respeto de la vida privada y familiar (Corte de Casación, 1a. Sala Civil, 04/12/2013, Dalloz 2014-179, cit por BELLUSCIO, Augusto César. Derecho de ... óp cit. pág. 135)

C.- LA CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR el 14 de abril de 2011 declaró la inconstitucionalidad de una parte del artículo 23 del Código Civil, el precepto “ha estado” -casado- en la codificación de junio de 2005, con redacción inmutable desde la vigencia del primer Código Civil ecuatoriano (1861, en el anterior artículo 26), y en tanto en cuanto que al perpetuar los efectos de la afinidad tras la extinción del matrimonio «es evidente que se confronta con el precepto constitucional, los objetivos y alcances establecidos en el artículo 67 de la Constitución de la República» (que garantiza el reconocimiento y protección a la familia como núcleo fundamental de la sociedad,. (SENTENCIA N.º0001-11-SIN-CC CASO N.º0074-09-IN)

Si bien el caso no aludía al impedimento matrimonial, el accionante fundó su interés legítimo en su imposibilidad para acceder a un determinado empleo público a causa de que un cuñado suyo, de cuya hermana se había divorciado, ejercía un cargo directivo en el mismo organismo, alegó que «la expresión impugnada mantiene efectos jurídicos, obligaciones y prohibiciones, (que nacieron en el principio de tutela jurídica a la familia), para quienes ya no pertenecen a la misma, toda vez que se hallan fuera de su seno, ya sea por acto voluntario, divorcio, o por causas ajenas a ellos, como muerte del contrayente».

(<https://www.corteconstitucional.gob.ec/sentencias/relatoria/.../001-14-PJO-CC.pdf>)

LA LEGISLACION NACIONAL La Ley 2.393 establecía como impedimento matrimonial la afinidad en línea recta en todos los grados -art. 9 inc. 3, sin hacer distinción entre parentesco por afinidad legítimo e ilegítimo

Los proyectos de reforma del Código Civil de: Bibiloni (art. 481), el Proyecto de 1936 (art. 339) y el Anteproyecto de 1954 (art.412) reproducen el mismo artículo de la ley 2393. Igual solución estableció la ley 23.515 -art. 166 inc. 6º- y según vimos el Código Civil y Comercial dispone idéntico resultado.

Hasta el planteo en examen, no existen antecedentes en los repertorios jurisprudenciales, ni tampoco doctrina que justificase o avale convertir el impedimento legal en dispensable o bien a suprimir tal prohibición del Código Civil y Comercial como el ordenamiento civil español de 1981.

La referida prohibición no se extingue con el divorcio del matrimonio que causó el parentesco porque el impedimento carecería de sentido si el obstáculo fuera el vínculo de un matrimonio subsistente, ya que en ese caso rige el impedimento de ligamen -art. 403 inc. C) Código Civil y Comercial

Si el matrimonio anterior se hubiera anulado, no subsiste la afinidad, efecto indiscutido por la mayoría de la doctrina nacional (CORDOBA, Marcos M. en BUERES, Alberto J., -Director- Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias, Tomo 2, Hammurabi, Bs. As., pág. 60, 1a. edición, 2016; BELLUSCIO, Augusto César. Derecho de Familia, Abeledo Perrot, Bs. AS. pág. 134, 2016; BORDA Guillermo A. Tratado de Derecho de Familia, 9a. ed. Perrot Bs. AS. 1993, T. I, pág. 104; entre otros)

Cabe cierta perplejidad al estudiar que el Código Civil y Comercial continúe la línea legal de autorizar el matrimonio entre: 1.- tío/tía con sobrino/sobrina, sin importar la existencia o no de familiaridad de trato (art. 403 inc. A) y b); 2.- adoptante y adoptado cuando la revocación de la adopción simple y en la adopción plena cuando es de integración (art. 633 Código Civil y Comercial) y 3- tutor y pupilo, aún siendo menores de edad, también podrían celebrar matrimonio previa dispensa (conf. Art. 404 último párrafo)

Es decir si la cuestión de la prohibición hacia la primera línea del parentesco por afinidad es de reproche ético -de acuerdo a todas los doctrinarios consultados- como fundamento en la manera de vivir en esa reducida agrupación que es la familia de las personas afectadas por el

impedimento o bien por los usos y costumbres sociales, podemos válidamente barruntar que idéntica prohibición debería caber a los ejemplos arriba espigados.

Incluso la incorporación de la FIV heteróloga, sin registros ni publicidad en punto a donantes, implica que los niños concebidos por donación de gametos de un mismo donante, podrían contraer nupcias entre sí. Genéticamente, es incesto propiamente dicho. Sólo que el derecho sería ciego a esta realidad. Un estudio que ha roto lanzas en los Estados Unidos sobre los efectos de la difusión de la fecundación in vitro con gametos de terceros demostró que uno de los mayores temores de los hijos así concebidos es cometer incesto en una relación romántica o incluso a través del matrimonio. (MARQUARDT, Elizabeth, «My daddy's name is donor». en <http://familyscholars.org/my-daddys-name-is-donor-2/> citado por BASSET, Úrsula C. El matrimonio en el Proyecto de Código. LL., 2012-E , 912)

Por sentido común las situaciones enumeradas afectan y perturban en mucho mayor medida el ámbito de la familia y que con idéntico fundamento del impedimento para el matrimonio de los parientes afines en línea recta, la ley debería proscribir.

INTERPRETACION Y EVALUACION DEL CASO De acuerdo al desarrollo precedente hasta la ley 23.515 puede afirmarse que el matrimonio era un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unían indisolublemente para toda la vida, por tanto era lógico tener idéntico carácter el parentesco con los consanguíneos del marido o mujer; ahora bien: con la eliminación de la indisolubilidad y perpetuidad del matrimonio ¿ha dejado de tener fundamento válido la prohibición de matrimonio entre afines?

Según vimos la extensión del impedimento ha variado a lo largo de los siglos, pero no por ello alguna vez se ha prescindido totalmente de la trascendencia jurídica. No obstante, la regulación de la afinidad se ha ido simplificando progresivamente con el paso del tiempo -en las legislaciones europeas- para irse adecuando a la realidad social en la que se va desarrollando la vida del hombre de cada época.

Las normas de la Constitución están destinadas a perdurar regulando la evolución de la vida nacional, pero la interpretación histórica siempre puede ser desactivado a través de un interpretación dinámica del derecho a contraer matrimonio, más respetuosa de los valores ético-políticos de inclusión, pluralismo y tolerancia proyectados desde el bloque de constitucionalidad (conf. ALESI, Martín Benedicto Matrimonio 2.0: derecho a casarse (¿con una persona del mismo sexo?) en RDF, 2010-II-118)

Por eso se recomienda que con la mira puesta en la persona como eje de protección, los operadores jurídicos debemos identificar, en cada caso concreto, la validez de una norma reglamentaria y su pertenencia al sistema, validez que podrá derivar del texto de la Constitución o de los preceptos predicados en los tratados que conforman el denominado “bloque de constitucionalidad” (LLOVERAS, Nora – SALOMON, Marcelo., El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional., Editorial Universidad, Bs. As. 2009, pág. 51)

Bajo ese razonamiento no podemos ignorar la gran incidencia y alto impacto de una reforma como la del Código Civil y Comercial desde el 1° de agosto de 2015. Suceso que trasciende lo estrictamente normativo, para involucrarse en la cotidianeidad de las personas que habitan este país.

Ello en sí mismo no es novedoso, ya que las normas de fondo justamente regulan la vida en sociedad de una comunidad; pero lo que sí importa son los cambios que concentran principios versados en el avance del reconocimiento e incorporación de los derechos humanos, dando así énfasis en los preceptos que el derecho internacional de los derechos humanos nos ofrece como alternativa de comportamiento en un mundo muy y cada vez más globalizado. (CAMPI, Germán y GARCÍA MARTÍNEZ, María del Pilar El Código Civil y Comercial de la Nación: una mirada desde los derechos humanos y el derecho internacional. Información elaborada en el marco del Proyecto de Interés Institucional 2015-2016 de la Facultad de Derecho (UBA) denominado: “La codificación de los derechos humanos en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Interpretación y práctica a la luz de los tratados internacionales”) De esta manera, el Estado argentino renueva su compromiso como protector y garante de los derechos humanos, consolidando y reafirmando a través del Código Civil y Comercial los derechos y garantías que la comunidad internacional recepta, los mismos que cuentan con jerarquía constitucional desde hace más de 20 años;

Por tanto los derechos inherentes a las personas, entre ellos el de contraer matrimonio, tienen raigambre constitucional, ya que las modificaciones del Código Civil y Comercial en cuanto a

las relaciones de familia están dirigida al enfoque de los derechos humanos, entendidos éstos como objetivo común para la búsqueda del más apropiado desarrollo de la persona en la nuestra sociedad;

En la presentación del Proyecto del Código Civil y Comercial el actual Presidente de la Corte Suprema de Justicia, al mencionar sucintamente los principales títulos referentes a las novedosas incorporaciones, expresó, entre otras, que “La construcción de una esfera de la individualidad personal es un aspecto central en el Proyecto”. Ése es uno de los puntos más relevantes, la autodeterminación de la persona, ya que nos posiciona en el sentido estricto de la existencia de un ordenamiento jurídico acorde a lo que hoy queremos, la reivindicación de la persona por su mera esencia y materia. Explica el autor citado “...el valor otorgado a la autodeterminación con relación a los intereses atinentes a la esfera vital de la persona (arts. 55, 56, 58, 59, 561 y cc.) en el marco axiológico de la dignidad humana (arts. 51,52, 279 y 1004). Estas normas se inscriben en una fuerte tradición humanista.”(<http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/1>)

El Código Civil y Comercial toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina.

Este nuevo molde en la concepción del derecho privado debe necesariamente proyectar un nuevo esquema jurídico.

A su vez la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos cobra reconocimiento cada vez más significativo a través de la llamada “doctrina del control difuso de convencionalidad” que coloca a los jueces nacionales como primeros intérpretes del Derecho interameriC, generando un impacto en la jurisprudencia y en los estándares internacionales en los Estados nacionales (CIDH, 26/11/2010 www.corteidh.or.cr)

Si bien el ámbito en que actúa la Corte Europea de Derechos Humanos es ajeno a nuestro país, en comentario a un fallo del máximo tribunal europeo, se esboza el interrogante acerca de cuál puede ser el destino del impedimento de afinidad en los países ameriCs ya que el art. 12 de la convención europea es sustancialmente similar al art. 17, inc. 2, de la Convención Americana de Derechos Humanos, por el cual «se reconoce el derecho del hombre y la mujer

a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene 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». (BELLUSCIO, Augusto César La Corte Europea... óp cit. LL .,2006-A , 982)

Cabe aclarar que la Convención Americana, en su art. 17, inc. 2, es precisa en el sentido de que las legislaciones nacionales pueden establecer condiciones para la celebración del matrimonio (o bien impedimentos matrimoniales, que son la otra cara de las condiciones), con el solo requisito de que no sean discriminatorias. Y las discriminaciones que su art. 1º, inc. 1, condena son las fundadas en «motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social». Por lo que no resulta posible invocar discriminación fundado en éste impedimento legal para la cuestión propuesta.

El citado Tribunal internacional ha descalificado el carácter de no dispensable o aun la inexistencia de un procedimiento simple y práctico para obtener la dispensa del impedimento por afinidad. En estos últimos casos, cabría entender que para que la dispensa sea otorgada deben mediar causas suficientes.

En cuanto a la referida dispensa la Corte expresó que: «También se vería con reservas un sistema que requiriera que una persona mayor de edad y en posesión de sus facultades se debiese someter a una investigación potencialmente invasiva para determinar si es o no conveniente para ella el matrimonio».

Coincidimos que el argumento es peligroso; si de lo único que se tratara fuese de determinar si el matrimonio es conveniente o no lo es para quienes desean casarse, todos los impedimentos matrimoniales podrían llegar a ser puestos en tela de juicio. Es que no se trata del sólo interés de los eventuales contrayentes sino del de la familia o del interés social en evitar las turbaciones en las relaciones familiares.(BELLUSCIO, Augusto César La Corte Europea... óp cit. LL .,2006-A , 982.)

Indudablemente las relaciones familiares no tienen la extensión que tuvieron antaño, y la afinidad como parentesco que impide el matrimonio se ha ido restringiendo a medida que ha ido avanzando el paso del tiempo , cabe alegar, que tratándose de leyes de derecho humano, su regulación es amoldable a las circunstancias concretas de cada tiempo y, por diversos factores, el ámbito de la familia del siglo que corre es mucho más restringido que el que tuvo

en otras épocas anteriores. Actualmente, debido a la modificación en las costumbres, las grandes urbes, la facilidad de movimientos entre ciudades y países, el trato con los familiares afines o políticos, en muchos casos puede ser realmente muy escaso o prácticamente inexistente, como sucede en el caso bajo análisis

Los argumentos de las demandantes cuando el Registro Civil les hizo completar con sus datos personales la solicitud para contraer matrimonio a pesar de encontrarse en grado prohibido, la casi nula posesión de estado o comportamiento íntimo o social como la cónyuge sobreviviente y la hija del cónyuge de aquélla debido a la escasa extensión del matrimonio, la ausencia de descendencia entre la pretendiente y su cónyuge fallecido, lo cual diluye turbaciones familiares, el carácter personal y libre del consentimiento matrimonio y la dignidad de la persona humana hace viable la excepción que justifica eximir del impedimento

Si la ley impone el parentesco por afinidad como impedimento para contraer matrimonio, fundado en cuestión ética como argumento genérico, menoscaba a estas dos mujeres quienes nunca ostentaron el trato de la cónyuge sobreviviente y la hija del cónyuge de aquélla y por obra de una ficción legal, quedan atrapadas en una prohibición legal aunque nunca pertenecieron fácticamente a ese entorno.

El punto es determinar si existe, en el caso concreto, una contradicción entre la Ley y la Constitución insuperable, ya que la declaración de inconstitucionalidad es el último recurso para verificar la razonabilidad de la norma de derecho privado bajo la óptica de los derechos consagrados en la Constitución Nacional y su bloque de constitucionalidad, es decir, invocando y apelando a los tratados de derechos humanos de jerarquía constitucional, en las condiciones de su vigencia. (conf. Art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional Argentina.) En este escrutinio se parte de la presunción de validez de la norma y quien la cuestiona debe probar su irrazonabilidad, es decir que por esta vía se contradicen los derechos que otorgan la constitución, de tal modo que la norma en realidad determine la supresión de un derecho. El principio, de razonabilidad que surge del artículo 28 de la Constitución Nacional se refiere a la relación que debe existir entre los derechos constitucionales y las leyes que los reglamentan.

Esta transversalización de los derechos humanos en el Código Civil y Comercial, es decir del derecho público en el privado, apunta a que no basta con analizar el texto de la redacción normativa, sino que es un camino que comienza desde ahí, para transitar por la necesaria

vigencia y aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el foro doméstico.

En el caso el pedido de anticonstitucional del art. 403 inc. C) del ordenamiento civil y comercial fue alegado por las personas legitimadas, se encuentra suficientemente fundamentado habiendo demostrado liminarmente la inconstitucionalidad de la norma impugnada y el agravio que padecen al no poder contraer matrimonio válido, constituye un bien jurídico razonable a tutelar

Si bien la declaración de inconstitucionalidad constituye la ultima ratio del orden jurídico, según el desarrollo interpretativo desplegado, es pertinente el cuestionamiento al reconocimiento del derecho concreto a contraer matrimonio y cuya efectividad obsta el citado precepto del Código Civil y Comercial cuya validez se impugna, porque no existe la posibilidad de integrar la norma a fin de su coincidencia con la Carta Magna (Fallos 288:325; 290:83; 292:190; 301:962 LL, 1998-A,476; 324:3345 DJ, 2001-3-867; 325:645, LL, 2002-D, 788)

Lo expuesto debe complementarse con la llamada “convencionalidad” entre las normas internas y los tratados, que consiste en el ejercicio de un control de constitucionalidad de oficio por los órganos judiciales de los países que hayan ratificado convenciones sobre derechos humanos. (CSJN, Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad. 13 de julio de 2007.Id SAIJ: FA07000045)

La mirada del intérprete debe ser concordante con los pactos internacionales sobre derechos humanos suscritos por nuestro país que, a partir de la reforma del año 1994, gozan de jerarquía constitucional con carácter operativo (art. 75, inc. 22, CN) Esos textos, deben obligatoriamente hacerse efectivos, por el compromiso asumido por el Estado y para que no queden como palabrería rimbombante.

El principio pro homine como conjunto de pautas y criterios a observar indica que “se ha de buscar y aplicar la norma la norma que en cada caso resulte más favorable para la persona humana, para su libertad y sus derechos, cualquiera que sea la fuente que suministre esa norma -internacional o nacional-” (BIDART CAMPOS, Germán J., Las fuentes del Derecho Constitucional y el principio pro homine, en El Derecho Constitucional en el siglo XXI, diagnóstico y perspectiva, coordinadores: Bidart Campos, Germán J. y Gil Domínguez, Andrés. Ediar Bs. As. 2000, p. 12)

La admisibilidad de la presentación se ajusta a la materialización de los derechos humanos de estas dos personas como necesaria compatibilización de los valores incluidos en la Constitución Nacional que se irradian al derecho interno y no se trata de agravios meramente conjeturales.

Es trascendente que el Estado garantice el más amplio espacio de libertad e intimidad personal y familiar para ejercer y fortalecer los derechos humanos de cada uno de sus integrantes y la restricción a contraer matrimonio hacia la cónyuge sobreviviente y la hija del cónyuge de aquélla, en este, reiteramos, infrecuente asunto, que no han tenido trato familiar previo por el corto lapso que se prolongó el matrimonio que fundamenta el impedimento dirimente, tal prohibición aparece como una potestad estatal con una justificación dudosamente objetiva y razonable.

A ello debemos sumar el principio de privacidad de las pretensas cónyuges que para la Corte Nacional abarca un ámbito más extenso que el de la intimidad puesto que incluye toda acción externa que no afecte la moral o los derechos de terceros y se encuentra protegido por el art. 19 de la Constitución con relación directa a la libertad individual, porque protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituido por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo (CSJN, 15-04-1993, Gutheim, Federico c/ Alemann, Juan. s/ Recurso de Hecho. E. D. 152-569)

Más allá que los conceptos de felicidad, amor, dignidad y persona varían según los diferentes sustratos filosóficos que les dieron origen y si bien no se puede constatar que haya sido lectura directa de parte de nuestros constituyentes, al apoyarse en los textos constitucionales que surgieron de la Revolución Francesa y la Norteamericana, que sí estuvieron explícitamente fundados en la filosofía clásica y del liberalismo, (ALONSO PIÑEIRO, Armando. Prólogo al libro ALBERDI, Juan Bautista. Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina, Ed. Plus Ultra, Bs. As., 2001 p.5) puede afirmarse que la Constitución Nacional garantiza implícitamente a todo ciudadano su derecho a procurar la propia felicidad, lo que conlleva el derecho a ser tratado dignamente por las leyes en todas las dimensiones de su vida, entre las que cabe el matrimonio.

Finalmente, de acuerdo al respaldo constitucional consagrado en los arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos respecto de la tutela judicial efectiva para evitar la frustración de derechos concretos amparados por garantías constitucionales, art. 706 y concs. del Código Civil y Comercial y los arts. 67 y 142 inc. 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

RESUELVO:

- 1.- Admitir la presentación y en consecuencia declarar la inconstitucionalidad del art. 403 inc. 3° del Código Civil y Comercial
 - 2.- Autorizar la celebración del matrimonio entre V E N DNI N° y L G C DNI N° de acuerdo a los arts. 416, 418 y 420 del Código Civil y Comercial, oficiándose al Registro Civil y Capacidad de las Personas;
 - 3.- Regular los honorarios profesionales del Dr. D. L. en PESOS equivalentes a Unidades JUS;
 - 4.- Los honorarios regulados deberán ser cancelados dentro de los treinta días contados a partir de la fecha en que quede firme el presente, estableciéndose a los fines previsto en el art. 32 de la ley 6767 modificado por ley 12.851, que desde dicha fecha y en caso de falta de pago se aplicará un interés moratorio calculado sobre la base de la tasa pasiva promedio mensual sumada del Banco Central de la República Argentina (conf. BONACCORSO, NELIDA ESTER C/ VERON, PEDRO RUBEN S/ DIVORCIO VINCULAR. EXTE n°2708/08. Prot. De autos 1796/2012). Notifíquese a Caja Forense. Insértese y hágase saber.
- Fdo.: Ricardo J. Dutto.

**ANEXO E – FORMULARIO DESCRIPTIVO DEL TRABAJO FINAL DE
GRADUACIÓN**

**AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR TESIS DE POSGRADO O
GRADO A LA UNIVERIDAD SIGLO 21**

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

Autor-tesista	DI GIUSEPPE, DANIEL ALEJANDRO
DNI	DNI 33.761.484
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	IMPEDIMENTOS MATRIMONIALES Y EL ANÁLISIS DE SU CONSTITUCIONALIDAD DESDE UNA PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS
Correo electrónico	danieldigiu@gmail.com
Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i>	UNIVERSIDAD SIGLO 21

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

Texto completo de la Tesis <i>(Marcar SI/NO)^[1]</i>	SI
Publicación parcial <i>(Informar que capítulos se publicarán)</i>	

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar y fecha: _____

Firma autor-tesista Aclaración autor-tesista

Esta Secretaría/Departamento de Grado/Posgrado de la Unidad Académica:

_____certifica que
la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

Firma Autoridad Aclaración Autoridad

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado