

20° ANIVERSARIO

44

Noviembre/Diciembre 2009

ISSN 1851-1201

# DERECHO DE FAMILIA

---

Revista Interdisciplinaria  
de Doctrina y Jurisprudencia

---

Nuevas tendencias en el divorcio

---

Directora: Cecilia P. Grosman

 AbeledoPerrot®

## EFECTOS EN LA ARGENTINA DE MATRIMONIOS EXTRANJEROS ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO

por MARIO J. A. OYARZÁBAL \*

### I. HISTORIA, ESTADO ACTUAL Y ALGUNOS PROBLEMAS GENERALES QUE GENERA LA FAMILIA INTERNACIONAL HOMOSEXUAL

Si bien varios tipos de uniones entre personas del mismo sexo han existido desde la antigüedad, en 2001 los Países Bajos fueron el primer país moderno en permitir el matrimonio homosexual. Desde entonces, los matrimonios entre personas del mismo sexo han sido admitidos y son mutuamente reconocidos en Bélgica (2003), España (2005), Canadá (2005), Sudáfrica (2006), Noruega (2009) y Suecia (2009). En Estados Unidos, aunque el matrimonio homosexual no es reconocido a nivel federal (p. ej., a efectos migratorios), las personas del mismo sexo se pueden casar o podrán hacerlo muy próximamente en seis estados: Massachusetts (2004), Connecticut (2008), Iowa (2009), Vermont (2009), Maine (2009) y New Hampshire (2010); en tanto que en California estos matrimonios se celebraron durante casi cinco meses entre junio y octubre de 2008 y los matrimonios celebrados durante ese período siguen siendo reconocidos. En otras jurisdicciones, en fin, aunque el matrimonio entre personas del mismo sexo no está autorizado, se reconoce los celebrados en otras jurisdicciones, como es el caso de Israel (2006), y de New York (2008) y Washington DC (2009) en los Estados Unidos, o de determinadas jurisdicciones como en el estado estadounidense de Rhode Island (2004), donde se reconocen los matrimonios celebrados en Massachusetts pero no necesariamente en otros lugares <sup>1</sup>, y en

<sup>1</sup> Sobre el reconocimiento de matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en estados que lo admiten en otros estados de los Estados Unidos, existe una numerosa doctrina, entre la que se destaca Cox, Barbara J., "Same-sex marriage and choice of law: if we marry in Hawaii, are we still married when we return home?", *Wisconsin Law Review*, 1994, ps. 1033 y

\* Profesor de Derecho Internacional Privado en la Universidad Nacional de La Plata y de Derecho Internacional Público en las Universidades Nacional de Buenos Aires (en grado) y Católica Argentina (en posgrado). Consejero de Embajada y Cónsul General del Cuerpo Permanente del Servicio Exterior de la Nación. Master en Leyes (LL.M.) por la Universidad de Harvard. Asociado de la Académie Internationale de Droit Comparé. Sitio Web personal: [www.mariooyarzabal.net](http://www.mariooyarzabal.net).

Aruba (2004) y las Antillas Holandesas (2007), donde se reconocen solamente los matrimonios celebrados en los Países Bajos. Asimismo, la posibilidad de legalizar el matrimonio entre personas del mismo sexo y/o de reconocer aquellos matrimonios celebrados en el exterior está siendo tratada o podría comenzar a ser tratada en un futuro más o menos próximo por los parlamentos de Portugal, Luxemburgo, Eslovenia, Nepal, así como de Uruguay, Venezuela y la Argentina en Sudamérica.

Aunque la tendencia se va afirmando, el número de jurisdicciones que admiten que personas del mismo sexo contraigan matrimonio y que reconocen matrimonios homosexuales celebrados en el exterior es apenas un puñado en un universo de más de ciento noventa países, muchos de ellos con un régimen federal donde la decisión de legalizar o reconocer el matrimonio homosexual no depende del gobierno central. En la mayoría de los países, esos matrimonios están prohibidos o desprovistos de todo reconocimiento de eficacia si han sido celebrados en el exterior, y en el mejor de los casos, la situación es errática, admitiéndose por ejemplo la producción en el país de determinados efectos de un matrimonio homosexual extranjero pero no otros.

La Argentina participa de aquellas jurisdicciones donde no existe una legislación o una decisión de su máximo tribunal de justicia admitiendo el matrimonio homosexual. Ello, por sí solo, no basta para afirmar que un matrimonio entre personas del mismo sexo extranjero carece de eficacia en el país. En derecho internacional privado, el desconocimiento de una institución en el Estado del foro no implica necesariamente el rechazo a relaciones jurídicas válidamente constituidas en el exterior. Por ejemplo, en la Argentina por mucho tiempo nuestra legislación desconoció la adopción, no obstante lo cual se reconoció validez a adopciones conferidas en el exterior a los efectos de concurrir a una sucesión abierta en el país y heredar ciertos bienes situados en el territorio nacional<sup>2</sup>, del mismo modo que antes de la reforma de la ley 23.515 se admitía el divorcio extranjero de matrimonios celebrados en el exterior, por ejemplo a los efectos de que uno de los cónyuges pudiera volver a contraer matrimonio en la Argentina, a pesar del principio de indisolubilidad del vínculo que regía para los matrimonios celebrados en el país. En este punto, el orden público juega un rol central, ya que si se considera que la prohibición o la falta de una regulación del instituto en el foro obedece a una determinada ideología o refleja valores ampliamente arraigados en la sociedad, no es inusual que también se desconozca el instituto constituido bajo un ordenamiento jurídico más permisivo.

ss.; KRAMER, Larry, "Same sex marriage, conflict of laws, and the unconstitutional public policy exception", *Yale Law Journal*, vol. 166, 1997, ps. 1965 y ss.; RENSBERGER, Jeffrey L., "Same-sex marriages and the defense of marriage act: a deviant view of an experiment in full faith and credit", *Creighton Law Review*, vol. 32, 1998, ps. 409 y ss.

<sup>2</sup> Ver el caso "Grimaldi, Miguel A. (suc.)", C. Civ. 2ª Cap. Fed, sent. del 22/12/1948, en LL 54-513 y ss.

## II. LA DIVERSIDAD DE SEXO COMO REQUISITO PARA CONTRAER MATRIMONIO EN LA ARGENTINA Y EL ÁMBITO DEL DERECHO APLICABLE

En la Argentina, la diversidad de sexo para contraer matrimonio se incluyó en 1987 por la ley 23.515 en el nuevo texto del art. 172, CCiv., que establece que “[e]s indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado por hombre y por mujer ante la autoridad competente para celebrarlo” (énfasis agregado). Sin embargo, sería erróneo concluir que con anterioridad a 1987 se admitía el matrimonio homosexual. Antes bien, el legislador había considerado la diversidad de sexo como un requisito tan esencial para la existencia del matrimonio que era inútil enunciarlo expresamente<sup>3</sup>. Incluso aunque la diversidad de sexo aparece en un artículo relativo al consentimiento matrimonial —lo que no deja de resultar extraño ya que el consentimiento alude a la “voluntad” de una persona de unirse a otra en matrimonio de acuerdo con las reglas legales en vigor<sup>4</sup>, voluntad que no aparece viciada por el hecho de que la persona desee contraer matrimonio con otra persona del mismo sexo—, su ausencia determina en el estado actual del derecho positivo argentino, su inexistencia, al igual que ocurre con la falta de consentimiento y la falta de expresión de ese consentimiento ante el oficial público<sup>5</sup>; no cabiendo frente a la prohibición legal expresa admitir su validez sin caer en arbitrariedad, salvo que se juzgue que el art. 172 es inconstitucional por violar el principio de igualdad jurídica (art. 16, CN) y otros derechos fundamentales, como el derecho a la libertad de intimidad (el derecho a ser diferente y a la identidad personal) y a no ser discriminado en virtud de la orientación sexual (arts. 15 y 19), así como de contraer matrimonio (art. 20) que se encuentran receptados también en varios tratados e instrumentos internacionales con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22)<sup>6</sup>.

Ahora bien, la diversidad de sexo para contraer matrimonio concierne a los matrimonios celebrados en el país. La validez o la invalidez de un matrimonio extranjero celebrado entre personas del mismo sexo en el extranjero se determina por la ley del lugar de su celebración en virtud del art. 159, CCiv., que establece que “[l]as condiciones de validez intrínsecas y extrínsecas del matrimonio se rigen por la ley del lugar de su celebración, aunque los contrayentes hubiesen dejado su domicilio para no sujetarse a las normas que en él rigen” (énfasis agregado). Como la nulidad del matrimonio constituye una sanción legal por el incumplimiento de los requisitos exigidos para su validez, no cabe sino aplicar a las consecuencias el mismo derecho que impone esos requisitos<sup>7</sup>. Si el matrimonio es inexistente o nulo según la ley del lugar

<sup>3</sup> Ver BELLUSCIO, Augusto C., *Manual de derecho de familia*, t. I, 7ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2002, ps. 177-78.

<sup>4</sup> Ver BELLUSCIO, Augusto C., *Manual...*, cit., ps. 217 y ss.

<sup>5</sup> Cfr. BELLUSCIO, Augusto C., *Manual...*, cit., ps. 320-21.

<sup>6</sup> Para un debate en los Estados Unidos, ver GERSTMANN, Evan, “Same-sex marriage and the constitution”, *Cambridge university Press*, 2004.

<sup>7</sup> Cfr. PALLARES, Beatriz A. M., *Derecho Internacional privado matrimonial*, Rubinzal-Culzo-

de su celebración por ser ambos contrayentes hombres o mujeres, entonces ese matrimonio carecería de validez en nuestro país, aun cuando en la Argentina se admitiera el matrimonio homosexual, ya que no habría matrimonio según la ley del lugar de celebración y, consecuentemente, tampoco para nuestro país, salvo que aplicáramos una tesis (por lo menos discutible) de Goldschmidt consistente en "corregir" en la Argentina la nulidad extranjera por el orden público si se considerara que el impedimento del derecho extranjero de la igualdad de sexo para contraer nupcias lo viola (art. 14, inc. 2º, CCiv.)<sup>8</sup>.

También será la ley del lugar de celebración (*lex loci celebrationis*) la que determinará el carácter de matrimonio o no de la unión registrada entre dos personas del mismo sexo, esto es, si ésta constituye un "matrimonio" o sólo una "unión civil" (*registered partnership*) y ello sin perjuicio de que los efectos de esta unión civil sean equivalentes o idénticos a los de un matrimonio, por ejemplo a la hora de adoptar o de suceder. El principio, pues, es que el derecho reglamentario (*lex civiles causae*) es el que define, es decir, el que nos dirá si estamos frente a un matrimonio o no<sup>9</sup>.

Celebrado que sea válidamente el matrimonio en una jurisdicción que admite el matrimonio homosexual (como Massachusetts u Holanda), el problema que se planteará es si es susceptible de reconocimiento, de producir efectos en la Argentina.

### III. LA DIVERSIDAD DE SEXO COMO IMPEDIMENTO PARA RECONOCER UN MATRIMONIO EXTRANJERO

El Código Civil argentino *no* menciona entre los impedimentos para reconocer matrimonios extranjeros la diversidad de sexo de los contrayentes. En efecto, el art. 160 sólo alude a los requisitos de consanguinidad, de parentesco adoptivo, de afinidad, de ligamen y de crimen, esto es, los listados en los incs. 1º, 2º, 3º, 4º 6º y 7º del art. 166 (los llamados impedimentos "dirimentes"). Ahora bien, ¿significa esta ausencia de prohibición expresa que, aunque en la Argentina las personas del mismo sexo no se pueden casar entre sí, se admiten en cambio los matrimonios homosexuales celebrados en el exterior, por ejemplo entre dos hombres residentes argentinos que fueron a contraer nupcias al extranjero para no sujetarse a las condiciones más rigurosas de la ley local? Se podría argumentar que sí, ya que el legislador de 1987 aunque modificó el art. 172, CCiv., para introducir el requisito de diversidad de sexo para celebrar matrimonio en la Argentina, no hizo lo mismo con los arts. 160 y 166 relativos al reconocimiento de matrimonios extranjeros. Siguiendo este razonamiento, se podría sostener que el legislador adoptó una actitud más permisiva en este punto frente a los

ni, Santa Fe, 1988, ps. 43-44; GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho Internacional privado. Derecho de la tolerancia basado en la teoría trialista del mundo jurídico*, 8ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1992, p. 291.

<sup>8</sup> Ver GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho...*, cit., p. 295.

<sup>9</sup> Sobré el carácter hetero u homosexual de un matrimonio celebrado entre un transexual y una persona de su sexo inicial o de su sexo modificado, ver nuestro estudio, "Algunos problemas derivados del hermafroditismo y de la transexualidad en el derecho internacional privado argentino", RDF 2005-30-97 y ss.

matrimonios realizados en el extranjero que frente a los celebrados en país, al igual que ocurre con los requisitos de la falta de edad legal, de privación de la razón y de sordomudez que no obstan al reconocimiento de matrimonios celebrados válidamente fuera del país, aun cuando imponen una inhabilidad para la celebración en el país (los llamados impedimentos "impedientes" de los incs. 5º, 8º y 9º del art. 166). El reconocimiento de matrimonios homosexuales extranjeros aun cuando su celebración no esté permitida en la jurisdicción, no es, como dijimos más arriba, desconocida en el derecho comparado (p. ej., Israel, y algunos estados de los Estados Unidos y de las dependencias holandesas de ultramar) <sup>10</sup>.

Otra interpretación posible es que la omisión del requisito de diversidad de sexo para reconocer un matrimonio extranjero se debió a la falta de previsión del legislador o incluso a su consideración de que, en ese caso, no habría matrimonio. Ello parece verosímil si se tiene en cuenta que la ley 23.515 antecedió en cuatro años la reforma de la primera legislación moderna (de Países Bajos) que admitió el matrimonio homosexual. Pero aun así, el impedimento de diversidad de sexo para reconocer matrimonios extranjeros no se encuentra en ninguna parte de nuestra legislación (*it is nowhere to be found*). Consecuentemente, frente a la ausencia de una previsión legal expresa, el matrimonio homosexual extranjero sólo podría desconocerse de considerarlo repugnante a los principios de nuestra legislación, es decir, violatorio de nuestro *orden público internacional* conforme lo permite el art. 14, inc. 2º, CCiv. Ello es así porque los principios de orden público controlan siempre la aplicación del derecho extranjero revisando la solución de fondo y rechazando la decisión extranjera que afecte al fundamento mismo de la sociedad (art. 517, CPCCN) <sup>11</sup>.

Cabe tener siempre en cuenta, empero, que el orden público es un concepto variable que evoluciona al compás de la transformación que van sufriendo los valores de la sociedad. Aunque es común derivar dichos valores de los principios de la legislación en vigor, y de esa manera entender que un matrimonio homosexual extranjero sería violatorio del orden público argentino ya que nuestra legislación sanciona esos matrimonios con la nulidad, tememos de una concepción que "congela" el orden público al momento del dictado de la legislación, en el caso concreto dictada veinte años atrás. En este sentido consideramos valiosa la labor jurisprudencial, que sin desconocer el valor de las normas, las interpreta y aplica de conformidad con la evolución de la moral social, las enseñanzas de la doctrina científica y las tendencias de otras legislaciones más modernas. En lo que a este autor respecta, parece por lo menos dudoso que la diversidad de sexo conculque el orden público argentino cuando una inmensa mayoría de la población argentina, por lo menos en los grandes centros urbanos, según una encuesta reciente, se pronuncia a favor del matrimonio homosexual y de la adop-

<sup>10</sup> Ver *supra* parágrafo I.

<sup>11</sup> Ver BOGGIANO, Antonio, *Derecho internacional privado*, t. I., 3ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991, ps. 564-567. Sobre la aplicación de la excepción de orden público en el contexto del reconocimiento de matrimonios extranjeros entre personas del mismo sexo, en los Estados Unidos, ver MYERS, Richard S., "Same-sex 'marriage' and the public policy doctrine", *Creighton Law Review*, vol. 32, 1998, ps. 45 y ss.; KOPPELMAN, Andrew, "Same-sex marriage, choice of law, and public policy", *Texas Law Review*, vol. 76, 1998, ps. 921 y ss.; FRUEHWALD, Scott, "Choice of law and same-sex marriage", *Florida Law Review*, 1999, ps. 799 y ss.

ción por parte de parejas del mismo sexo <sup>12</sup>, y en sentido concordante se pronunció tanto el partido de gobierno a través de declaraciones formuladas por el Ministro de Justicia como de la oposición <sup>13</sup>.

#### IV. LOS PRINCIPIOS DE PROXIMIDAD, DE *FAVOR FILII* Y DE RESPETO DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS COMO PRINCIPIOS APLICABLES AL RECONOCIMIENTO DE UN MATRIMONIO EXTRANJERO HOMOSEXUAL

Ahora bien, ni siquiera aquellos que se oponen al matrimonio homosexual por considerarlo violatorio del orden público internacional argentino lleguen probablemente al extremo de negar todo efecto a las uniones celebradas válidamente en el exterior. Asumamos las siguientes hipótesis. Una pareja homosexual residente en la Argentina, donde no se permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, viaja a España y contrae matrimonio allí. Luego regresa a la Argentina e intenta enrolarse en un plan de salud para personas casadas u obtener otros beneficios de índole fiscal. Consideremos, en cambio, la situación de aquella pareja casada en el extranjero donde vivió durante un largo período de tiempo, que por circunstancias de la vida decide mudarse a nuestro país, por ejemplo debido a que uno de los cónyuges obtuvo una oferta de trabajo en la Argentina. Vayamos incluso más lejos y pensemos en el caso del matrimonio homosexual extranjero que decide pasar un corto período de vacaciones en nuestro país en un hotel o club exclusivo para matrimonios o hacerlo en compañía de su hijo adoptado o concebido por fecundación asistida en el exterior y que según el derecho extranjero aplicable es hijo de ambos <sup>14</sup>, o que uno de los cónyuges de ese matrimonio homosexual extranjero fallece domiciliado en España dejando una cuenta bancaria en la Argentina. ¿Es que la respuesta debe ser en todos los casos igual? Parece claro que en los últimos supuestos —de no residentes argentinos—, si no en todos, el respeto debido a las relaciones lícitamente constituidas bajo una legislación extranjera debería prevalecer. El grado de "proximidad" entre la relación jurídica y el derecho extranjero o, lo que es lo mismo, la debilidad de contactos entre aquella relación y nuestro país no se debería soslayar.

En otros casos, el desconocimiento liso y llano de un matrimonio homosexual extranjero puede conducir a vulnerar otros intereses que el legislador considera lícito tutelar. Por ejemplo, el desconocimiento de un matrimonio homosexual extranjero no

<sup>12</sup> *Página 12*, "El 70% de la población de Buenos Aires acepta el matrimonio gay", 20/2/2007, fuente: Consultora "Analogías", disponible en <http://www.agmagazine.com.ar/index.php?IdNot=904>.

<sup>13</sup> *Crítica de la Argentina*, "El gobierno avala el matrimonio homosexual" (16/6/2009), disponible en <http://criticadigital.com/index.php?secc=nota&nid=24911>; *Clarín*, "El matrimonio homosexual divide aguas entre los candidatos", 22/6/2009, disponible en <http://www.clarin.com/diario/2009/06/22/um/m-01944187.htm>.

<sup>14</sup> Ver nuestro estudio, "El reconocimiento en la Argentina de la paternidad de hijos concebidos en el extranjero por inseminación artificial de una pareja de homosexuales hombres", *Supl. Actualidad*, LL diario del 21/2/2006.

debería conducir a denegar el carácter matrimonial o "legítimo" de un hijo de la pareja; valor este último del *favor filii* consistente en privilegiar que al hijo se le atribuya un "estado", en lo posible de hijo legítimo, que inspira la legislación argentina interna y la Convención sobre los Derechos del Niño ratificada por la Argentina y constitucionalizada por la reforma de 1994, y la tendencia del derecho comparado de aceptar la aplicación de leyes extranjeras más liberales en cuanto a las posibilidades de establecimiento de una filiación a la luz de la realidad no sólo biológica, sino también sociológica que revela la posesión de estado. En este contexto, se afirma que una persona adoptada o concebida por inseminación artificial en el extranjero por parte de un matrimonio entre personas del mismo sexo debe ser considerada hija "legítima" de la pareja en la Argentina, no solamente si viniera de visita o por un corto período de tiempo, sino a todos los efectos legales.

El argumento de los derechos adquiridos y de la obligación de cumplir con los tratados internacionales vinculantes para la Argentina justifican ampliamente también, a mi juicio, que no se deniegue la asistencia judicial internacional solicitada por un tribunal extranjero de restitución internacional de un menor residente allí, que hubiera sido sustraído o retenido ilegítimamente por el padre o la madre en la Argentina en violación del derecho de guarda que posee el otro progenitor a la sazón casado con otra persona del mismo sexo en el exterior. No parece que esa sola circunstancia —que el menor resida en el seno de una pareja homosexual— baste para justificar en derecho que "existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable" para oponerse a la restitución en el marco del art. 13, inc. b), Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, del 25/10/2980.