

Juzgado Letrado de Familia de 28° Turno

Sent. 1940/2012

Montevideo, 5 de Junio de 2012.

VISTOS Y RESULTANDO:

1)El caso

Comparece Elio Tamburini Quintero solicitando el dictado de sentenciadeclarativa que reconozca efectos al matrimonio que contrajo con una persona desu mismo género de acuerdo con las formalidades requeridas por la leyespañola ante el similar de 28° Turno.

2)La pretensión fue rechazada por manifiestamente improponiblepor resolución 463 del 9 de febrero de 2011 dictada a fs.11.

Contra dicha resolución se alzó en tiempo y forma elpromotor con recursos de reposición y apelación.

3)La resolución de rechazo liminar fue revocada porinterlocutoria de 2° Instancia dictada el 17 de agosto de 2011 a fs.33 ysiguientes ordenándose remitir los autos al subrogante natural.

4)Los autos fueron recibidos en esta Sede, ordenándose el pasajede los autos en vista al Ministerio Público, cuya representante a fs.52y siguientes, abogando por la desestimatoria del pretendido reconocimiento delmatrimonio. Los autos pasaron al Despacho para el dictado de la presenteinterlocutoria el 18 de mayo de 2012.

CONSIDERANDO:

1)El derecho al proceso y al dictado de sentencia declarativa

El derecho a resolver la situación planteada con elpronunciamiento de una sentencia meramente declarativa se encuentra previsto enel Art. 11.3 del Código General del Proceso (en adelante CGP)

El Art. 11 del CGP consagra el derecho al proceso, a que éstetenga una duración razonable y que resuelva las pretensiones queconfiguran su objeto. Este derecho al proceso está consagrado por nuestraConstitución y es recibido en nuestro ordenamiento proceso con laratificación por el Art. 15 de la Ley 15.737 de 8 de marzo de 1985 de laConvención Interamericana de Derechos Humanos (Pacto de San Joséde Costa Rica) Esta última establece en su Art. 8 el derecho de todosujeto de derecho a comparecer reclamando ante un tribunal competente,independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley , la tutelajurisdiccional del Estado.

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva incluye, entre otros,la libertad de acceso a los tribunales, el derecho a obtener unadecisión justa alcanzada en un proceso con las garantías debidas,el derecho a reclamar el cumplimiento forzado del fallo, el derecho a unproceso público y sin dilaciones.

La Justicia como servicio primario del Estado debe ser accesible atodos, o de lo contrario se desnaturaliza en los hechos el principioconstitucional de igualdad expresado en el CGP, como igualdad jurídica de todas las personas (Art.4)

En este artículo 11 del CGP se encuentran enunciadas las situaciones jurídicas de los tres sujetos principales; la acción (o derecho a acudir a los tribunales a plantearlo), la excepción (o derecho a oponerse a la solución reclamada) y la jurisdicción (o deber de proveer a sus peticiones)

La libertad de acceso a los tribunales de justicia constituye un derecho de todo ciudadano de acudir ante el Poder Judicial en demanda de justicia.

La norma establece el derecho a la jurisdicción, es decir, no se limita a consagrar el poder de acudir ante los tribunales, sino que incluye el deber de éstos de pronunciarse sobre lo peticionado. Constituye el derecho a una respuesta jurisdiccional y el derecho al proceso.

Los numerales 11.2 y 11.3 regulan los requisitos o condiciones de la acción. Esas condiciones son sólo dos: el interés y la legitimación en la causa, sin mencionar.

Más precisamente, para el caso de autos, el Art. 11.3 recoge a texto expreso la pretensión de mera declaración.

La doctrina sostiene que se justifica una pretensión de mera declaración cuando existe un estado de incertidumbre jurídica que puede ocasionar o causar un perjuicio al actor y éste no tenga otro medio de solución que el de un pronunciamiento judicial (Cf. CGP, Anotado por Vescovi y colaboradores, p. 201 y 211 y CGP Anotado por Landoni Sosa y colaboradores, T. 1 p. 20 y ss.)

Por tanto, resulta indubitable el derecho del actor a solicitar un pronunciamiento del Poder Judicial sobre la validez y eficacia del matrimonio que contrajo con una persona del mismo sexo de acuerdo con la Ley de España, fundado en la incertidumbre jurídica que ello le genera en diversos ámbitos de su vida laboral y de relación.

2) Derecho aplicable al matrimonio contraído en extranjero.

Al tratarse de un matrimonio contraído en el Reino de España, con el cual Uruguay no tiene tratado, debe acudirse al apéndice del Código Civil, donde el artículo 2395 establece con meridiana claridad que la ley del lugar de la celebración del matrimonio rige la capacidad de las personas para contraerlo y la forma, existencia y validez del acto del acto matrimonial.

En tal sentido, nuestro país ha declarado en la CIDIP II que los jueces y autoridades de los Estados parte estarán obligados a aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera invocada.

(Art. 2) y que las situaciones jurídicas válidamente creadas en un Estado Parte de acuerdo con todas las leyes con las cuales tengan una conexión al momento de su creación, serán reconocidas en los demás Estados parte, siempre que no sean contrarias a los principios de su orden público. Esta normativa internacional muestra cómo se atenúa o flexibiliza su actuación en atención a los derechos válidamente adquiridos en el extranjero con arreglo a la ley extranjera competente.

3) Excepción de orden público interno

En el punto, la decisora, no comparte el criterio sustentado por la distinguida

representante del Ministerio Público que dictaminó en autos, por cuanto el instituto aplicable para dilucidar si debe reconocerse validez y eficacia al matrimonio contraído en el Reino de España entre dos personas del mismo sexo, en todo caso, pudo ser la excepción de orden público de derecho internacional.

No se coincide que la situación de autos deba analizarse a la luz de lo establecido por el Art. 97 del CC, que es la ley nacional que regula la capacidad para contraer matrimonio en Uruguay, cuando el caso subexámine refiere a un matrimonio contraído en el Reino de España de acuerdo con las leyes y formalidades de aquel país.

En tal supuesto, y ante la ausencia de tratado entre Uruguay y España para el reconocimiento del matrimonio, deviene aplicable el Art. 2395 del C. Civil, donde claramente se establece que la ley del lugar de la celebración del matrimonio la que rige la capacidad de las personas para contraerlo y la forma, existencia y validez del acto.

Ello fundamentalmente debido a que las categorías del DIPr son más amplias que las del derecho interno, es decir, no corresponde asimilar la categoría matrimonio del derecho interno con su homónima del DIPr.

Las categorías del DIPr son abiertas, precisamente porque deben confrontarse con las categorías de los ordenamientos jurídicos fundantes de las relaciones jurídicas extranjeras a calificar.

4) Excepción de orden público en el sentido del derecho internacional privado. Ciertamente es que el Juez nacional puede oponer la excepción de orden público en el sentido de que la da el derecho internacional privado, cuyo alcance es más restringido que la excepción de orden público interno.

Sabido es que en el ordenamiento jurídico uruguayo o del mismo modo que todos los ordenamientos jurídicos - el Derecho extranjero es considerado como Derecho y existe además, obligación de aplicarlo por el Juez de la causa, incluso de oficio.

No obstante, pueden presentarse determinadas circunstancias que permiten evadirse de un precepto, cuando la aplicación de ese derecho extranjero - en el caso concreto - atente contra la estabilidad del orden jurídico del magistrado internacionalmente competente.

Es allí donde funciona como principal medida de defensa - en todos los órdenes jurídicos - la excepción de orden público internacional.

El orden público - como concepto específico del Derecho Internacional privado - se define como una excepción a la aplicación de la ley extranjera competente, a causa de su incompatibilidad manifiesta con aquellos principios y valores que se consideran fundamentales en el ordenamiento jurídico del foro.

El orden público - como concepto específico del Derecho Internacional privado - se define como una excepción a la aplicación de la ley extranjera competente, a causa de su incompatibilidad manifiesta con aquellos principios y valores que se consideran fundamentales en el ordenamiento jurídico local.

Empero, no debe dudarse que se trata de una excepción, un remedio de carácter extraordinario que, en consecuencia, debe ser aplicado con sentido restrictivo, frente a casos de manifiesta injusticia, de grave perturbación, de indispensable defensa, por incompatibilidad manifiesta con el orden público

interno.

No basta que la ley extranjera sea distinta, o incluso opuesta, a la ley nacional. Para que pueda excluirse la aplicación de la ley extranjera deben verse afectados los principios básicos del ordenamiento jurídico del foro, esto es, aquellos ejes centrales de la reglamentación, irrenunciables porque reflejan valores esenciales de la sociedad.

Cuando el Juez de un Estado aprecia que la aplicación de la ley extranjera conduciría a un resultado manifiestamente incompatible con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, debe excluir su aplicación. Este es el llamado efecto negativo del orden público.

En consonancia con el sentido restrictivo con el que debe ser aplicada, la exclusión se limita a aquella parte o sector del Derecho extranjero verdaderamente incompatible, pero la ley extranjera sigue siendo la ley competente según la regla de conflicto y, por esta razón, debe seguir siendo aplicada en la medida de lo posible.

Por otra parte, el mecanismo del orden público no actúa siempre con la misma fuerza frente a la ley extranjera incompatible con los principios y valores fundamentales del Derecho local.

En consecuencia, a la hora de examinar un caso como el planteado debe tenerse especialmente en cuenta que el orden público interviene para salvaguardar principios de justicia de una importancia vital para el Estado. Es un concepto más restringido que el del orden público interno, pues comprende únicamente aquel sector del Derecho imperativo nacional que resulta absolutamente irrenunciable, incluso en presencia de relaciones jurídicas que contengan un elemento extranjero.

El orden público en Derecho Internacional privado es un concepto jurídico indeterminado, cuyo contenido se fija por los jueces de cada país en cada momento histórico.

Este contenido es elástico y variable en el espacio y en el tiempo, es decir, cambia de unos países a otros y, dentro del mismo Estado, lo que hoy es orden público puede no serlo mañana. Está integrado por aquellos principios jurídicos, públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos, que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada.

El orden público «internacional» es esencialmente nacional o estatal: cada Estado determina autónomamente el contenido de su orden público. La actuación del mecanismo del orden público supone una comparación de la solución prevista por la ley extranjera con los principios y reglas esenciales del ordenamiento jurídico del foro. En ocasiones, sin embargo, los jueces estatales intentan reforzar su negativa a aplicar la ley extranjera con argumentos que no proceden estrictamente de su propio Derecho y apelan al Derecho natural o al Derecho Internacional.

En cuanto a la relatividad en el tiempo, es consecuencia de la evolución que pueden sufrir las concepciones fundamentales de la sociedad con el transcurso del tiempo. Incluso aunque no se produzcan modificaciones en el texto de las leyes, la concepción esencial de su contenido y su impacto en el orden público pueden evolucionar. Rige, en este sentido, un principio de actualidad, a cuyo

tenor el contenido del orden público debe ser estimado por el Juez en el momento de dictar su decisión, aunque deban aceptarse excepciones por aplicación de los criterios del Derecho intertemporal (el respeto a los derechos adquiridos puede exigir que se tome en consideración el orden público tal y como se entendía en un momento anterior a aquel en el que se resuelve). En consonancia con el sentido restrictivo con el que debe ser aplicado, la exclusión se limita a aquella parte o sector del Derecho extranjero verdaderamente incompatible. La ley extranjera sigue siendo la ley competente según la regla de conflicto del foro y, por esta razón, debe seguir siendo aplicada en la medida de lo posible.

5) El Derecho Internacional Público uruguayo (DIPr) y los matrimonios celebrados en el extranjero.

En conceptos enteramente trasladables al caso de autos la Profesora Cecilia Fresnedo ha señalado que el DIPr uruguayo establece condiciones amplias tendientes a facilitar la continuidad jurídica de los matrimonios celebrados en el extranjero. Las condiciones mínimas que exige para tal reconocimiento es que se hayan cumplido los requisitos establecidos en la ley del lugar de celebración, independientemente de que éstos no coincidan con los del derecho material interno uruguayo. Ese reconocimiento amplio puede tener, no obstante, algunas limitaciones tendientes a proteger la cohesión interna frente a la armonía internacional (Cf. FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, en Estudios Jurídicos, N° 6, 2009, pp. 91-124.)

Señala la misma Profesora que es de principio el reconocimiento de los derechos válidamente adquiridos conforme al orden jurídico fundante. Este mecanismo se encuentra, expresamente regulado en el art. 7 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de DIPr (Montevideo, 1979, CIDIP-II), ratificada por Uruguay, donde se establece que si una determinada situación fue válidamente creada de acuerdo con todas las leyes con las cuales tenga(n) una conexión al momento de su creación, deberá ser reconocida en nuestro país, salvo, obviamente, que sea contraria a nuestro orden público internacional, interpretado en forma restrictiva y conforme a la Declaración de 1979 que en el Artículo 7 prevé que: «Las situaciones jurídicas válidamente creadas en un Estado Parte de acuerdo con todas las leyes con las cuales tengan una conexión al momento de su creación, serán reconocidas en los demás Estados parte, siempre que no sean contrarias a los principios de su orden público»

(p. 115 de la Revista Estudios Jurídicos referida)

En consecuencia, cuando en Uruguay se analiza, en sede judicial, la posibilidad de reconocerle o no eficacia a una de estas nuevas formas de pareja o familia jurídicamente reconocidas y reguladas en algunos derechos extranjeros - a la luz de los principios fundamentales del orden público internacional uruguayo, debería tenerse en cuenta que Uruguay es parte de los Tratados de Derechos Humanos y que por tanto los principios de libertad, igualdad y no discriminación con relación al régimen de la familia están incorporados positivamente al orden jurídico uruguayo. (p. 116 de la Revista Estudios Jurídicos referida)

Las normas nacionales materiales que regulan las condiciones de validez del

matrimonio son de orden público interno, es decir, no pueden ser dejadas de lado por la voluntad de las partes; deben cumplirse por todos aquellos que pretendan celebrar matrimonio válido en el territorio del Estado que las dictó. Por ello, no todas las condiciones y requisitos exigidos por la ley del lugar de celebración pueden ser consideradas de orden público internacional que como se señaló- es un concepto mucho más restringido que comprende sólo aquellos principios fundamentales en los que el Estado asienta su individualidad jurídica. Y dichos principios varían no sólo de un lugar a otro sino también a lo largo del tiempo.

Así, tenemos que antes de la aprobación de la ley 18.620 era previsible que los jueces uruguayos consideraran que el carácter heterosexual del matrimonio constituía un principio del orden público internacional uruguayo, pero esta apreciación no puede permanecer estática en el tiempo. Más allá de la evolución que el tema ha tenido en el derecho comparado, no parece factible que con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley referida, la heterosexualidad de las parejas se pueda invocar como principio de orden público internacional. Cabe insistir en que los principios de orden público internacional no coinciden necesariamente con las normas de orden público interno en materia de validez del matrimonio. Por el contrario, la identificación de aquellos debe hacerse necesariamente, como lo ordena con fuerza de interpretación legal preceptiva, conforme la Declaración uruguayade 1979 citada, es decir, con un criterio restrictivo.

En consecuencia, para que las autoridades uruguayas actuantes puedan desconocer eficacia a un matrimonio válidamente celebrado conforme a la ley del lugar de celebración, o una unión no matrimonial válida conforme al lugar de su constitución, ésta deberá ofender en forma concreta grave y manifiesta normas y principios esenciales de orden público internacional en los que el Estado uruguayo asienta su individualidad jurídica.

Se trata de una autorización excepcional para que en forma no discrecional y fundada los jueces declaren no aplicables los efectos de la ley extranjera competente. o (p. 119 de la Revista Estudios Jurídicos referida)

A esta altura del desarrollo, debemos concluir que un matrimonio celebrado en el extranjero, entre dos personas del mismo sexo, que cumplió con todos los requisitos de validez exigidos por la ley del lugar de su celebración, es válido en Uruguay porque así lo establece el art. 2395 del Código Civil

Pero lo que en autos se solicita es el reconocimiento o declaración sobre la eficacia de un matrimonio celebrado entre dos personas del mismo sexo para hacerla valer ante las oficinas de la Organización de Estados Americanos.

Por ende, el quid de este pronunciamiento es resolver si esta Sede Judicial está habilitada a reconocerle continuidad jurídica a dicho matrimonio extranjero válido o, si por contraviene gravemente algún principio fundamental del Estado uruguayo habilite a aplicar la excepción de orden público internacional para negarle eficacia (Cf. ALFONSÍN, Quintín, Teoría del Derecho

Privado Internacional, Montevideo, ed. Idea, 1982, pág. 403 a 405, Nos 252 y 253; TALICE, Jorge, o Interpretación e integración en el derecho internacional privado, en Revista Uruguaya de Derecho Internacional N° 3, págs. 131, N° 19; FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, Curso de Derecho Internacional

Privado, T. I o Parte General, 2ª ed., Montevideo, FCU, 2004, pp.197-205)

El principio a defender para aplicar la excepción de orden público internacional sería, en este caso, el de la heterosexualidad en el matrimonio.

6) La clave para adoptar tal resolución consiste en determinar si en el Uruguay de hoy dicho principio puede ser considerado o no de orden público internacional, en los términos establecidos preceptivamente por la Declaración de Uruguay de 1979.

Si bien antes de la aprobación de la ley 18.246 sobre unión concubinaria y de la de identidad de género (Nº 18.620), era previsible que los jueces uruguayos consideraran que el carácter heterosexual del matrimonio constituía un principio del orden público internacional uruguayo, esta apreciación resulta harto contestable en el presente.

Ello, por cuanto, el ordenamiento jurídico uruguayo evolucionó desde la entrada en vigor de la ley de identidad de género (Nº 18.620), habilita el matrimonio entre personas del mismo sexo, aunque no lo diga expresamente. De ahí que ya no es aplicable la excepción de orden público internacional, en base a que la heterosexualidad es uno de los ejes que rigen el instituto del matrimonio en nuestro país porque el principio está fuertemente debilitado. La mera interpretación de la ley de identidad de género (Nº 18.620) ha permitido la adecuación de las partidas de nacimiento de acuerdo con el sentir de los titulares, con lo que nada impide que una persona de un sexo, logre el cambio de nombre y de identificación sexual en su partida de nacimiento y, con tal documento, comparezca a contraer matrimonio con otra del mismo sexo ante el Registro de Estado Civil.

La conclusión anterior, proviene de la simple lectura de la ley que esclarece cuando habilita al cambio de nombre y género sin dejar constancia alguna en la documentación de la persona que opta por adecuar su documentación al género de su pertenencia.

Tal sistema se encuentra vigente en nuestro medio desde el 25/10/2009, esto es, desde la fecha de vigencia de la mencionada ley.

En tal panorama de avance de nuestro sistema legislativo, la Sede judicial no está habilitada a invocar la heterosexualidad como excepción de orden público internacional para negar continuidad jurídica a un matrimonio contraído válidamente entre dos personas del mismo sexo al amparo de la legislación española habilitante.

La interpretación contraria, no se ajustaría al criterio restrictivo y excepcional que impone la Declaración de 1979 a la hora de determinar el alcance de la excepción de orden público internacional.

La letra clara de la Ley Nº 18.620 establece que toda persona podrá solicitar la adecuación de la mención registral de su nombre, sexo o ambos, cuando los mismos no coincidan con su identidad de género (art. 2), que una vez recaída la providencia que acoge la solicitud de adecuación, el Juzgado competente oficiará a la Dirección General del Registro de Estado Civil, a la Intendencia Departamental respectiva, a la Dirección Nacional de Identificación Civil, etc., "a fin de que se efectúen las correspondientes modificaciones en los documentos identificatorios de la persona y otros.

El Art. 3 habilita a las personas a modificar su documentación (toda ella) en

cuanto al onombreo y al osexo. Ello significa que donde lucía un nombre de hombre pasará a leerse un nombre de mujer, y donde decía osexo masculino se leerá osexo femenino.

Así las cosas, la persona que ahora lleva consigo una partida de nacimiento que dice sexo femenino y lleva un nombre de mujer podrá contraer matrimonio con una persona del mismo sexo, sin que la ley lo impida en ninguno de sus pasajes.

Lo único que hace en su art. 7 esta ley, es disponer que no se modifican las normas del Código Civil sobre matrimonio. Pero ello no impide que un hombre por identificación con el sexo femenino aparezca con nombre de mujer y de sexo femenino en su partida de nacimiento, aunque su realidad biológica, genética, anatómica, morfológica, hormonal (art. 1) sea masculina y que así, pueda casarse con otro hombre, cumpliendo con todos los requisitos que exige el Código Civil para contraer matrimonio válido.

Sabido es que la documentación exigida por el Registro de Estado Civil va a decir que la persona lleva un nombre de mujer y que es de osexo femenino, mientras que el otro contrayente sea de sexo masculino se procederá a la celebración del matrimonio, aun cuando el sexo jurídico no sea coincidente con el sexo biológico de uno de los contrayentes porque al momento de rectificación de la partida de nacimiento de acuerdo con la identidad de género, y el consiguiente cambio de sexo y nombre, la Ley 18.620 no exige que se deje alguna constancia del sexo biológico de la persona en su documentación. Tampoco la normativa sobre matrimonio exige al Registro de Estado Civil realice alguna pericia física para constatar si el sexo biológico coincide con el documental. (Cf. SANTOS BELANDRO, Ruben B., T. 22, pág. 219 y ss.)

De ahí que, el matrimonio biológicamente homosexual es posible hoy día en nuestro país, conforme al orden jurídico material interno vigente.

7) Como consecuencia de lo expuesto se declarará el reconocimiento del matrimonio celebrado entre el promotor en el Reino de España, con plena eficacia en la República O. del Uruguay

Estima la proveyente que la solución anunciada es conforme con la intención y el espíritu de la ley 18.620, que no son otros que los de proteger a las personas de la discriminación por razones de orientación sexual y el cumplimiento de las normas de Derechos Humanos que las protegen a este respecto (Cf. Prof. Cecilia Fresnedo, trabajo inédito en vías de publicación)

Por los fundamentos expuestos;

FALLO:

Declárase el reconocimiento del matrimonio celebrado en España el 12 de agosto de 2010 (Tomo 481, pág. 311 de Madrid) entre Elio Tamburini Quintero con Zeriay Salomón Gebermariyan. con plena eficacia y validez en la República O. del Uruguay

Ejecutoriada, expídase testimonio si se solicitare, efectúense los desgloses a que hubiere lugar y oportunamente archívese.

Honorarios fictos 10 BPC.

Dra. María Cristina Crespo - Juez Letrado de Familia