

VI Jornadas de Sociología. Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2004.

Matrimonio civil entre personas del mismo sexo y una prohibición inconstitucional.

Mariano Fernández Valle.

Cita:

Mariano Fernández Valle (2004). *Matrimonio civil entre personas del mismo sexo y una prohibición inconstitucional*. VI Jornadas de Sociología. Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires.

Dirección estable: <https://www.aacademica.org/000-045/556>

Acta Académica es un proyecto académico sin fines de lucro enmarcado en la iniciativa de acceso abierto. Acta Académica fue creado para facilitar a investigadores de todo el mundo el compartir su producción académica. Para crear un perfil gratuitamente o acceder a otros trabajos visite: <https://www.aacademica.org>.

Matrimonio civil entre personas del mismo sexo y una prohibición inconstitucional

Mariano Fernández Valle¹

1. Introducción

Bajo nuestro ordenamiento jurídico, cualquier persona que desee contraer matrimonio civil con otra de su mismo sexo, encontrará un obstáculo que muchos autores especializados² ven como infranqueable: **el artículo 172 del Código Civil**.

Sin embargo, en el presente ensayo, intentaré mostrar que dicho artículo no es compatible con nuestro ordenamiento legal analizado en su **totalidad**. Si bien la Constitución Nacional ya contenía algunas disposiciones en apoyo de la tesis que voy a defender, su reforma del año 1994 integró una serie de tratados internacionales de Derechos Humanos al texto constitucional³, que imponen la necesidad de armonizar la normativa interna existente con las obligaciones contraídas en el marco supranacional. A su vez, la incorporación de tales instrumentos pone en cabeza de los Estados la obligación de abandonar ciertas concepciones enraizadas en el orden interno con el objeto de garantizar los derechos consagrados a los individuos que se desarrollan en él.

¹ Abogado. Profesor de Derecho Constitucional –UBA, Universidad de Palermo-. Correo electrónico fanbanda@hotmail.com

² Ver Yungano, Arturo R.. “Curso de Derecho Civil y Derecho económico”, Ediciones Macchi, año 1994, pág. 287; Bossert, Gustavo A. y Zannoni, Eduardo A., “Manual de Derecho de Familia”, Ed. Astrea, año 1998, entre muchos otros.

³ En el año 1994, el artículo 75 inciso 22 de nuestra Carta Magna otorgó jerarquía constitucional –y por tanto superior a las leyes- a los siguientes instrumentos: La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención Sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de

Básicamente, el objeto de este ensayo es demostrar que la interpretación y aplicación tradicional del Art. 172 del Cód. Civil resulta violatoria de la Constitución Nacional. Sin ánimo de adelantar cuestiones que analizaré posteriormente, **las leyes internas argentinas pueden determinar el tipo de matrimonio que se desea, pero ello necesariamente debe respetar el marco determinado por nuestra Carta Magna**, y si dicho instrumento permite el matrimonio civil entre personas del mismo sexo⁴, las leyes inferiores no pueden vedar esta posibilidad.

2. El matrimonio en el Código Civil argentino: algunas cuestiones preliminares para el desarrollo de este ensayo

A los efectos del presente trabajo no es necesario realizar un análisis exhaustivo de la regulación del matrimonio civil en la República Argentina. Sin embargo, sí es menester indicar algunas cuestiones que serán fundamentales a los efectos de una correcta lectura del presente. En este sentido:

A. Tradicionalmente, se ha entendido que el **Código Civil⁵ prohíbe el matrimonio entre personas del mismo sexo**. Así, el **artículo 172** del mencionado ordenamiento dispone que: *"Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por **hombre y mujer** ante la autoridad competente para celebrarlo.*

Discriminación Contra la Mujer; la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención Sobre los Derechos del Niño.

⁴ Ofreceré a lo largo del presente trabajo una serie de argumentos en apoyo de esta idea.

⁵ Ley 23.515.

El acto que careciere de alguno de estos requisitos no producirá efectos civiles aunque las partes hubieran obrado de buena fe, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente⁶".

Este artículo enuncia los elementos estructurales del acto jurídico matrimonial. Estos elementos son condiciones de existencia del acto matrimonial, lo que significa que la ausencia de alguno de ellos provoca la inexistencia del mismo. Así, *"habrá inexistencia del matrimonio cuando el aparente matrimonio carezca de alguno de los elementos estructurales que atañen a la formación, es decir, **ausencia del consentimiento prestado personalmente por un hombre y una mujer y la intervención constitutiva del oficial público encargado del Registro Civil**"*. Por ello, *"...el acto que careciere de alguno de estos requisitos no producirá efectos civiles aunque las partes hubieran obrado de buena fe⁷" (la negrita es mía).*

Pese a la vaguedad de su redacción, la doctrina y las autoridades encargadas de aplicarlo han entendido que de éste artículo se desprende **la inexistencia del matrimonio celebrado entre personas de idéntico sexo⁸, en virtud de que dicho matrimonio no da cumplimiento a uno de los requisitos estructurales señalados precedentemente: que el mismo se realice entre hombre y mujer⁹.**

⁶ El artículo siguiente -Artículo 173- dispone que *"se considera matrimonio a distancia aquel en el cual el contrayente ausente expresa su consentimiento personalmente ante la autoridad competente para autorizar matrimonios del lugar en que se encuentra.*

La documentación que acredite el consentimiento del ausente sólo podrá ser ofrecida dentro de los noventa (90) días de la fecha de su otorgamiento".

⁷ Bossert, Gustavo A. y Zannoni, Eduardo A., op. cit., pág. 102.

⁸ Si bien es imprecisa la redacción del artículo, la intención del legislador parece ser clara en cuanto a positivizar la prohibición en análisis.

⁹ Sin embargo, recientemente algunas personas han desafiado esta opinión mayoritaria sosteniendo una idea bastante original referida al federalismo y el poder que las Provincias han delegado al Gobierno Federal. Así, sobre la base de los Arts. 5 y 121 de la CN, hay quienes sostienen que: **cuando las Provincias delegaron parte de su poder al Gobierno Federal para la redacción de los códigos de fondo -entre ellos el Código Civil- lo hicieron simplemente para el establecimiento de un piso de derechos y obligaciones.** De esta forma, se animan a desafiar la "prohibición de matrimonio para personas de idéntico sexo" sosteniendo que el Código en realidad no la prohíbe sino que simplemente ha

B. En nuestro país y en la mayoría de las sociedades occidentales, la posibilidad de contraer matrimonio civil trae aparejada la adquisición de una serie de derechos y obligaciones legales importantes. El matrimonio ofrece varias funciones que son útiles para la sociedad así como para los contrayentes, entre ellas¹⁰:

- a. Promueve el compromiso entre los socios, adoptando reglas de fidelidad, de ayuda y de mantenimiento (Art. 198 del Código Civil), otorgando la posibilidad de intimar judicialmente a reanudar la convivencia interrumpida (párr. 2, Art. 199, Código Civil) y posibles mensualidades después del divorcio (Art. 207, Art. 208 y Art. 209 Código Civil).
- b. Protege y otorga ventajas financieras a la pareja y a los socios considerados individualmente, mediante reglas que imponen la ayuda mutua por parte de los esposos, ciertas cargas de la sociedad conyugal (Art. 1275, Código Civil), presunciones de la propiedad común (Art. 1271, Código Civil), derechos de herencia, derechos a recibir pensiones (Ley de pensiones y jubilaciones), y otros derechos surgidos de leyes de diversa jerarquía (Ej: Ley de Reparación de Víctimas de Genocidio), etc.

establecido un piso de derechos: **Ninguna provincia podrá prohibir que los heterosexuales se casen, pero mantienen el poder para legislar cualquier otro tipo de matrimonio.** Particularmente, no adhiero a esta concepción y considero que, efectivamente, el Art. 172 del Código Civil, como es entendido actualmente, funciona como una herramienta que prohíbe el matrimonio entre personas del mismo sexo. Sin embargo, considero que esta prohibición es contraria a la Constitución Nacional y los Pactos Internacionales, razón por la cual debe ser derogada por el Congreso, o declarada inconstitucional a través del sistema judicial argentino.

¹⁰ En este sentido, ver Chambers, David, "What If? The Legal Consequences of Marriage and the Legal needs of Lesbian and Gay Male Couples", Michigan Law Review, año 1996, vol. 95, página 447. He tomado la enunciación de beneficios reseñada por este autor que tiene sustento legal en nuestro ordenamiento civil.

- c. Protege a la familia contra la interferencia exterior a través de ciertos privilegios testimoniales, preferencias en políticas inmigratorias para esposos de ciudadanos, reglas que exigen otorgar a los esposos el derecho de visita rutinaria al hospital, etc.
- d. Promueve la crianza de niños a través de normas que prefieren parejas casadas para la inseminación artificial, a través de normas que presumen que los hijos nacidos durante el matrimonio son los descendientes biológicos de ambos padres (Art. 243 del Código Civil), mediante normas que facilitan la adopción de niños para los esposos, etc.
- e. Otorga poder para tomar decisiones, tal como el que se otorga a los esposos para tomar decisiones por el otro cuando éste se encuentre incapacitado, etc.

Así, cuando el Estado niega la posibilidad de que parejas de idéntico sexo contraigan matrimonio, **no solo acentúa la estigmatización de un grupo de personas sobre la base de su orientación sexual sino también niega una serie de derechos, protecciones y obligaciones de diverso contenido a estas parejas.** El Estado está vedando la posibilidad de que ciertas parejas se acojan a su protección, y eso resulta un trato desigual que no encuentra ninguna razón objetiva que lo justifique.

3. La inconstitucionalidad del Art. 172 del Cód. Civil: algunas razones en apoyo de esta idea

Sentadas dos de las premisas fundamentales de este trabajo: **(1) que el Código Civil veda la posibilidad del matrimonio para personas de idéntico sexo; y (2) que esa negatoria implica la privación de múltiples beneficios y protecciones que el matrimonio otorga a los contrayentes**, brindaré a continuación algunos argumentos en favor de la inconstitucionalidad de la prohibición en análisis.

A. La religión predominante y una prohibición inconstitucional.

La idea de un posible matrimonio civil entre personas del mismo sexo, ha sido frecuentemente enfrentada por la religión predominante en nuestro país (católica) y la Iglesia que la representa¹¹. Así, muchos habrán escuchado el mensaje violento contra los homosexuales que emerge desde quienes acogen estas doctrinas¹². Muchas veces, dicho mensaje está guiado por la homofobia, fenómeno que desde el siglo XIII se difundió en la cristiandad y representa una actitud prejuiciosa de hostilidad, desconfianza, escarnio y desprecio hacia las personas homosexuales¹³.

Los argumentos vertidos por estos opositores, lejos de representar buenas razones para mantener la tesis prohibitiva del Art. 172 del Cód. Civil, son una clara muestra de la exclusión y estigmatización que las personas homosexuales sufren, y de la obligación estatal de eliminar la situación existente.

¹¹ Ver "Fundación Argentina del Mañana (FADO)", publicación en internet: <http://www.fadm.org.ar/accionfamilia.htm>. "No es admisible la aprobación Jurídica del Matrimonio entre homosexuales por contrariar el orden natural".

¹² Me refiero a la población católica mayoritaria y, por sobre todo, al mensaje que emana de las cúpulas dirigenciales de las autoridades eclesiásticas.

¹³ Ver "Fundamentos Ley de Parteneriato para la unión civil de parejas del mismo sexo", publicado en internet: <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/ari/Principal/COMPOSICION%20BLOQUE/Diputados%20y%20Senadores/Musa/Fundamentos%20Parteneriato.pdf>

En primer lugar, es fundamental entender que las leyes de matrimonio¹⁴ imponen la **forma civil obligatoria (solo se reconoce el matrimonio celebrado ante el oficial público del Registro Civil)**, lo cual representa cierto quiebre con las vivencias religiosas de nuestro Estado, mayoritariamente católico¹⁵. **Sin embargo, la normativa actual aún se encuentra informada por estas vivencias religiosas, lo que no garantiza la neutralidad en materia religiosa que todo Estado democrático debe respetar.**

Así, debe trazarse una diferencia sustancial entre el “matrimonio religioso” y el “matrimonio civil”. La regulación civil del matrimonio debería entenderse, simplemente, como una institución destinada a ofrecer protección a la familia, guiada por los principios propios de los Estados democráticos compelidos por su obligación primaria de tratar a todos los ciudadanos con igual consideración y respeto. **Las normas positivas de un Estado democrático liberal deben ser ajenas a principios religiosos determinados. No es permisible que se imponga coactivamente al conjunto de habitantes de un Estado los ideales de determinada religión o congregación.**

Criterio similar ha sostenido la Corte Suprema de la Nación en el caso "Correa"¹⁶ : la *“Constitución organiza el Gobierno Federal de la Nación dividiéndolo en tres altos poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial, sin designar ningún otro, ni conferir a congregación alguna, sea cual fuere su naturaleza y*

¹⁴ Código Civil, Ley 2393, Ley 23515, y otras.

¹⁵ Bossert, Gustavo A. y Zannoni Eduardo A., op. cit., pág. 102.

¹⁶ CSJN, Fallos, 53:188. En este caso, el demandante solicitó el reconocimiento de su matrimonio religioso (católico) como sustituto del matrimonio civil argumentando que *“La Iglesia es un poder constitucional de existencia necesaria como lo son los otros poderes del estado, y que es a aquélla a quien exclusivamente corresponde legislar el matrimonio”* (Ver Saba, Roberto. "Neutralidad del estado, igualdad de trato y tolerancia en materia religiosa", texto publicado para el "Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política -SELA-", año 2000, pág. 279 y sgtes.).

*origen, la facultad de dictar leyes generales que obliguen a los habitantes del país como colectividad civil..."*¹⁷.

La institución matrimonial, en nuestro Estado democrático, es una garantía de protección al servicio de quienes deseen acogerse a ella. Si, tal como sostengo aquí, la prohibición legal del matrimonio entre personas del mismo sexo tiene uno de sus fundamentos en la concepción matrimonial de una religión en particular, dicha prohibición es claramente contraria a las libertades individuales. Tal como lo señalara el juez Petracchi *"...para que una ley de matrimonio civil sea compatible con el sistema de libertad consagrado en nuestra Constitución, debe serlo también con la neutralidad confesional que ésta adopta, de modo tal que esa ley no obstaculice la plenitud de la garantía constitucional de profesar cualquier religión o no profesar ninguna"*¹⁸.

Esta discusión es de vital importancia en nuestro país, dada la importancia que ha tenido el desarrollo de la religión en él. **Si bien es inevitable que los Estados y sus legislaciones se vean influidos por las culturas religiosas predominantes, éstas culturas religiosas no pueden ser utilizadas como fundamento para negar derechos a los individuos que no las profesen o cuyas prácticas o formas de vida sean contrarias a los cánones que las mismas disponen.**

Muchos han argumentado en contra del matrimonio entre personas de idéntico sexo sobre la base de que "el matrimonio" es una institución íntimamente relacionada con la creencia católica del pueblo argentino, y esta creencia condena la homosexualidad. **Si bien sabemos que nuestro país es principalmente católico, ello no significa que el orden confesional deba**

¹⁷ Ver Saba, Roberto; op. Cit., pág. 279.

¹⁸ CSJN, Fallos, S.32, XXI, "Sejean", voto del Dr. Petracchi, Considerando 9.

ser garantizado en su efectividad por el ordenamiento jurídico positivo de una sociedad democrática constitucional¹⁹ y tampoco resulta permisible que dicho orden confesional pueda ser utilizado para menoscabar derechos de minorías. Precisamente, una de las funciones de la Constitución y los Pactos Internacionales es la de oficiar como herramientas contramayoritarias en pos de la protección de minorías.

B. El principio de "igualdad"²⁰ como obstáculo principal a la prohibición de matrimonio entre personas del mismo sexo.

Existen otras razones para sostener la inconstitucionalidad de la regulación matrimonial actual, que operan independientemente del orden confesional por el que posiblemente la misma se encuentre informada. Así, el Art. 172 del Cód. Civil resulta contrario al principio de **"igualdad"** consagrado constitucionalmente, y discrimina a un grupo de individuos sobre la base de su orientación sexual.

Puede considerarse que la discriminación consiste en conductas que impiden el ejercicio de los derechos fundamentales del ser humano consagrados en el ordenamiento positivo, sobre la base de factores subjetivos, arbitrarios o irracionales. El derecho a no sufrir discriminaciones arbitrarias es sólo consecuencia del derecho más general de todas las personas a ser tratadas como iguales.

En este sentido, el Art. 24 de la "Convención Americana sobre Derechos Humanos" (en adelante "CADH") dispone que *"Todas las personas son iguales*

¹⁹ "La Constitución Nacional garantiza la libertad de conciencia pero no garantiza la incorporación al orden positivo de contenidos ético-religiosos correspondientes a ninguna creencia en particular". Ver CSJN, caso "Sejean", Op. Cit., cons. 11.

ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley". Así, cuando el Estado argentino niega el reconocimiento a las parejas formadas entre personas de idéntico sexo de los mismos derechos que se reconocen a las parejas heterosexuales, se niega a aquéllas parejas **"la igual protección"** que la ley, la Constitución y los Pactos Internacionales prevén.

Nuestra Constitución garantiza a toda persona el derecho a casarse²¹. **Sin embargo, la regulación actual del matrimonio civil en la Argentina ha reducido la operatividad de dicho derecho exclusivamente a la "posibilidad de que toda persona heterosexual pueda casarse". Es decir, del amplio espectro constitucional del derecho a casarse, la normativa interna ha excluido a un importante grupo de personas sobre la base de su orientación sexual.**

En la República Argentina (y en la mayoría de los países), las personas homosexuales representan un sector usualmente vulnerado en el pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales en condiciones igualitarias. Tal como sostiene Dworkin, *"la raza y otros rasgos de distinción similares son especiales solo porque la historia sugiere que algunos grupos son más propensos a que se les niegue la consideración debida, de modo que las decisiones políticas que actúan en su contra deberían ser tomadas en cuenta con especial sospecha"*^{22,23}. Cualquier distinción que se efectúe sobre estos parámetros, se denomina **"clasificación sospechosa"**.

²⁰ Art. 16 de la Constitución Nacional y Art. 24 de la "Convención Americana sobre Derechos Humanos. En el mismo sentido: "Art. II de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre"; "Art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos", etc...

²¹ Art. 20 CN. Si bien lo enuncia como derecho de los "extranjeros", es claro que dicho derecho se extiende también a los nacionales de nuestro país. Sin embargo, los Pactos Internacionales han salvado dicha omisión.

²² Dworkin, Ronald, "El imperio de la Ley", Editorial Gedisa, Barcelona, 1992, pág. 269.

Siguiendo el criterio señalado, cuando existan decisiones o prácticas que beneficien más a unos grupos que a otros **(en este caso, el Art. 172 del Código Civil es una norma que claramente beneficia más a un grupo -heterosexuales- que a otro -homosexuales-)**, los tribunales analizarán *“estas decisiones con mayor atención cuando las minorías históricamente maltratadas se encuentren en desventaja”*²⁴. **En este sentido, para sostener como válida la solución legislativa que excluyó a los homosexuales del derecho a contraer matrimonio**²⁵ **se requieren razones especiales muy fundadas,** razones que los Estados occidentales se han negado a ofrecer.

Es cierto que la idea estereotipada del matrimonio es la del matrimonio heterosexual, pero esta no es una buena justificación para mantener el status quo legal, sino para solicitar la intervención estatal a los efectos de revertir esta situación. **La Constitución protege el matrimonio porque es una herramienta que colabora de una manera muy importante a la felicidad de los individuos y a su realización personal, y no porque tenga preferencia por un estereotipado modelo de hogar doméstico**²⁶.

Como corolario de este acápite, debe señalarse que la discriminación no solo tiene lugar en virtud de que el Estado niega una serie de beneficios a las parejas homosexuales que otorga a parejas heterosexuales unidas en matrimonio, sino también en virtud de la estigmatización misma que el Estado

²³ El segundo párrafo del artículo 1 de la Ley Antidiscriminatoria argentina (Ley 23.514), sostiene que: *“se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos”*. El promotor de la ley, Dr. Fernando de La Rúa, declaró públicamente que fue intención del legislador, al enunciar “sexo”, incluir a las personas homosexuales. Ver en este sentido: <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/ari/Principal/COMPOSICION%20BLOQUE/Diputados%20y%20Senadores/Musa/Fundamentos%20Parteneriato.pdf>.

²⁴ Dworkin, Ronald, op. Cit, pág. 269.

²⁵ No intentaré rebatir argumentos de tipo “no se excluye a los homosexuales del derecho a casarse ya que los mismos pueden casarse con personas del sexo opuesto”, por considerarlos a todas luces absurdos.

²⁶ Ver “Bowers vs. Hardwich”, Supreme Court of the United States –N 85- 140 june 30, 1986, p. 7.

sostiene al negar la posibilidad de matrimonio civil a personas del mismo sexo²⁷. Si uno de los desafíos de los Estados democráticos es avanzar hacia la promoción del desarrollo autónomo de todos los individuos de la sociedad, el camino no puede seguir delimitándose sobre la base de diferenciaciones con poco asidero objetivo.

C. La Autonomía de los individuos²⁸ y la neutralidad estatal.

El principio de protección de la autonomía personal de los individuos se encuentra consagrado en el Artículo 19 de la Constitución Nacional. Dicho artículo fue interpretado en reiteradas ocasiones por la Corte Suprema de Justicia de la Nación²⁹ como **protector del ámbito autónomo de los individuos y obstáculo contra cualquier tipo de interferencia estatal o de terceros, a menos que se encuentre justificada en la necesidad de evitar**

²⁷ En relación con este punto, si bien muchos Estados han intentado avanzar en pos de la protección de los derechos de las personas homosexuales, han fallado en cuanto a la elección del camino hacia esa protección.

En este sentido, los países que han suplantado la posibilidad de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo por regímenes de "Parteneriato" para los mismos, han prestado una solución a todas luces insuficiente en términos de "Igualdad". Si bien estos regímenes otorgan una serie de derechos, muy similares a los que ofrece el matrimonio civil, representan un esquema legal diferenciado para determinadas personas exclusivamente por la orientación sexual a la que adscriben. Así, estos regímenes cumplen una de las demandas del principio de "Igualdad" (ya que otorgan los mismos beneficios legales que el matrimonio civil), pero no satisfacen otra de las demandas de dicho principio, consistente en la no-estigmatización de determinados grupos sobre bases arbitrarias.

De todas formas, cabe destacar que los regímenes de "Parterianato" pueden adquirir formas disímiles, y los argumentos en contrario podrían variar conforme a la variación de dichas formas. En algunos países se han creado para que personas del mismo sexo, exclusivamente, se beneficien de ellos. En otros países, se han instituido los mencionados regímenes para que parejas heterosexuales u homosexuales que vivan en concubinato puedan acogerse a los beneficios de los mismos (Por ejemplo: Ley de unión civil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires). Incluso pueden ser beneficiosos estos regímenes si vienen a ofrecer "una opción más" a las parejas, siempre que el Estado garantice el acceso de "todas" las parejas –heterosexuales y homosexuales– a "todas" las opciones legales posibles para su regulación

La relación entre estos regímenes y el matrimonio civil excede los objetivos de este trabajo. Sin embargo, es menester dejar asentadas las siguientes conclusiones, de cara a la situación actual de nuestro país: 1) No existe en la Rep. Argentina ningún régimen de "Parterianato" que beneficie a "todos" los habitantes del territorio, y 2) la futura existencia de un régimen de "Parterianato" que favorezca a "todas" las parejas del mismo sexo no es óbice para la declaración de inconstitucionalidad de un régimen matrimonial que las perjudique.

²⁸ Art. 19 de la Constitución Nacional. En el mismo sentido, ver Arts. 4 y 5 de la "Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre y del Ciudadano".

²⁹ CSJN, Fallos "Sejean", op. cit.; CSJN, Fallos 308:1412 "Bazterrica"; CSJN, Fallo "Portillo" publicado en "El Derecho", 133:372.

un daño a otros particulares ocasionado como consecuencia de esas acciones privadas.

A los efectos de este ensayo, es particularmente relevante lo decidido por dicho Tribunal en el caso “Sejean”³⁰. En este caso, estableció:

“Que la interferencia estatal solo se encuentra constitucionalmente justificada cuando ella se realiza persiguiendo el objetivo de evitar daño a terceros”³¹ –la negrita es mía-.

Sin embargo, no siempre se ha entendido la misión del Estado de la manera antedicha. El respeto hacia la libre adopción de planes de vida por parte de los individuos ha chocado tradicionalmente con el intento de los Estados de hacer efectivos ciertos ideales de excelencia humana o de virtud personal (perfeccionismo)³². Así, una de las áreas respecto de las cuáles hay mayor tentación de interferencia perfeccionista es la de vida sexual y familiar³³.

Si la prohibición del Cód. Civil responde a un intento estatal de imponer coactivamente la descalificación de la “homosexualidad” como un ideal de virtud personal o moral autorreferente, dicha prohibición es claramente perfeccionista y, por tanto, se contrapone al principio de autonomía³⁴ (Art. 19 C.N) y a la posibilidad de que los individuos puedan desarrollarse autónomamente.

³⁰ CSJN, Op. Cit.

³¹ Saba, Roberto, op. Cit. pág. 281.

³² Carlos Nino llama “tesis perfeccionista” a aquella doctrina que considera que es “misión del Estado también hacer efectivos ideales de excelencia humana o de virtud personal”. La discusión sostenida entre “liberales” y perfeccionistas” tiene su origen en las posiciones contrapuestas de Hart y Lord Devlin (en Inglaterra) y Mill y el juez Stephen (en Norteamérica). Dichas discusiones versaban “sobre hasta qué punto la mera inmoralidad de un acto justifica su punición jurídica”. Ver: Nino, Carlos Santiago, “Fundamentos de Derecho Constitucional”, Editorial Astrea, año 1992, pág. 305. Ver en el mismo sentido: Nino, Carlos Santiago. “La Constitución de la Democracia Deliberativa”, Editorial Gedisa, año 1997, págs. 75, 76, 77.

³³ Nino, Carlos Santiago. “Fundamentos de Derecho Constitucional”, Op. Cit., pág. 308.

³⁴ “El intento de imponer ideales personales es autofrustrante y, por ende, irracional”. Ver: Nino, Carlos Santiago. “La Constitución de la Democracia Deliberativa”, Op. Cit. pág. 76.

Por otro lado, no es compatible con el cúmulo de libertades básicas de los individuos una regulación matrimonial que favorezca la acentuación de la desprotección y estigmatización de ciertos grupos de ciudadanos. No debe subestimarse el papel que juega la descalificación pública -y legal- de determinadas conductas humanas en quienes las practican. El Estado no puede sustraer a las parejas homosexuales de la protección que las leyes otorgan a las heterosexuales unidas en matrimonio civil, ya que la no obtención de estos beneficios -además de ser contrarios al principio de igualdad- limitan y condicionan en gran medida la elección y materialización de planes de vida.

Finalmente, toda regulación legal que acentúe el ostracismo de ciertos grupos de individuos, además de resultar violatorias de los derechos de dichos individuos, tienen un importante costo en términos “democráticos”. Si bien no hace a la centralidad de este ensayo y es un tema que requiere un importante desarrollo argumentativo, el mantenimiento de normas que discriminan a ciertos grupos sobre razones arbitrarias puede derivar en el “silenciamiento” de los mismos. **En este sentido, la existencia de grupos “silenciados” y excluidos del debate público³⁵, reduce las posibilidades de alcanzar una verdadera democracia, que incluya la mayor cantidad de puntos de vista posibles. Así, no solo se priva del goce de derecho a los damnificados directos sino que se priva a todo individuo de la posibilidad de exponerse a visiones alternativas de la vida, la sexualidad, las relaciones sociales y familiares, lo cual recorta el universo posible de opciones que un Estado pluralista tiene la obligación de resguardar.**

³⁵ Puesto que sus voces difícilmente puedan llegar a ser oídas y, menos aún, obtener algún tipo de representación política.

Sin embargo, se ha sostenido erróneamente que el matrimonio civil entre personas del mismo sexo puede traer perjuicios importantes a terceros, lo que podría justificar una intervención estatal prohibitiva³⁶:

- Así, se ha sostenido que el Estado no debe fomentar la homosexualidad, *"la cual es una condición inferior y menos feliz que la heterosexualidad (...) y amenaza con instigar nuevos daños en la gente confundida que podría ser corrompida por la promoción estatal de orientaciones sexuales menos deseables³⁷.*

Es claro que este argumento no puede ser tomado por válido. En principio, parte del presupuesto erróneo y discriminatorio de que la homosexualidad es una condición inferior al resto. De eso se trata básicamente la discriminación, de trazar diferenciaciones sobre bases arbitrarias y poco justificadas.

A su vez, no es labor del Estado promover uno u otro tipo de matrimonio como herramientas “moralizantes”, ni considerar que tipo de orientación sexual es valiosa o disvaliosa, sino mantenerse neutral y no trazar diferencias sobre bases arbitrarias y de “perfección individual” a la hora de repartir derechos y obligaciones³⁸.

Por otro lado, en términos de autonomía, es claro que mantener estos estereotipos en cuanto a lo “valioso” y lo “disvalioso” crea exclusiones y

³⁶ *“...la interferencia debe basarse en razones referidas al daño a terceros, y ese daño debe ser sustancial...”*. Ver: Nino, Carlos Santiago. “Fundamentos de Derecho Constitucional”, Op. Cit. pág. 306.

³⁷ Eskridge, William N. Jr., "La discusión del matrimonio entre personas del mismo sexo y tres conceptos de igualdad", publicado para el "Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política" –SELA-, Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, año 2000, pág. 223.

autoexclusiones que sin duda restringen las capacidades individuales de convertirnos en seres autónomos. Estas exclusiones son el “verdadero” daño que el Estado debe evitar, ya que todos nos vemos afectados si algunos grupos de nuestra sociedad son silenciados por acciones estatales o particulares³⁹.

- En sentido similar se ha sostenido contra el matrimonio entre personas del mismo sexo y como idea de daño a terceros, que si el Estado *"hace cualquier esfuerzo hacia la normalización de relaciones homosexuales, el adolescente que duda de su sexualidad se va a convertir en homosexual"*⁴⁰.

Nuevamente se parte equivocadamente de la base consistente en que la homosexualidad es una condición disvaliosa y erradicable. Pero, solo a los efectos de contestar este terrible argumento, démosle algo de crédito. En este sentido, aún quienes se motiven en la **errónea idea** descrita precedentemente no podrían sostener cabalmente que este sea un "daño a terceros" que amerite la interferencia estatal vedando la prohibición de matrimonio. Al respecto, sostiene Nino⁴¹ *"que no se puede computar como un daño, a los efectos de la interferencia estatal, aquél que una acción produce sólo porque ella induce la ejecución de otra acción voluntaria del mismo o de otro agente"*. Una política estatal tendiente a eliminar estas inducciones, no solo elimina el valor de la autonomía de las personas homosexuales, sino de toda la sociedad en cuanto

³⁸ Ver págs. 12 y 13 de este ensayo. *"El estado no puede alegar como razón para interferir de modo alguno, directo o indirecto, con una acción de un individuo, el que ella degrada el carácter moral de ese individuo..."*. Ver: Nino, Carlos Santiago. "Fundamentos de Derecho Constitucional", Op. Cit. pág. 306.

³⁹ Nos vemos afectados en nuestra propia autonomía al privarnos de la exposición a diferentes alternativas acerca de cómo encarar diversos sucesos.

⁴⁰ Eskridge, William N. Jr., op. cit. pág. 224.

⁴¹ Nino, Carlos Santiago, Op. Cit., págs. 306, 311 y otras.

subestima su poder de autodeterminar la elección de sus propios planes de vida.

- En otro orden de ideas, se ha sostenido que permitir el casamiento entre personas del mismo sexo puede acelerar el fallecimiento del matrimonio⁴².

Quienes sostienen esta idea especulan con que abrir la posibilidad de matrimonio entre personas del mismo sexo destruirá la institución misma. Considero que esta especulación está poco fundada, y lo sostenido en este ensayo, lejos de destruir la institución del matrimonio, pretende transformarla mediante el levantamiento de limitaciones discriminatorias. Mi especulación es totalmente diferente: las parejas heterosexuales se seguirán casando como lo hacen hasta ahora, y las personas del mismo sexo que quieran hacerlo también.

Por otro lado, parece irracional argumentar que la única manera de sostener al matrimonio como institución sea a costa de las personas homosexuales y el mantenimiento de la tesis prohibitiva. Si así fuera, se violaría un principio que supera el objetivo de este trabajo: el ideal kantiano de que nadie puede ser usado únicamente como medio, y que todos los individuos son fines en si mismos⁴³.

⁴² Ver Grant, George & Home, Mark A., "Legislating Immorality: The Homosexual Movement Comes out of the Closet", año 1993, páginas 97-99.

⁴³ En sentido similar, Carlos Nino postula el principio de "inviolabilidad del individuo". *"En su primera formulación el principio de inviolabilidad de la persona proscribía la disminución de la autonomía de una persona para alcanzar como único propósito el incremento de la autonomía de la que gozan otros individuos"*. Ver: Nino, Carlos Santiago. "La Constitución de la Democracia Deliberativa", Op. Cit. pág 79. He concludido en este ensayo que el hecho de contraer matrimonio representa la adquisición de múltiples beneficios que aumentan la autonomía de las parejas que los obtienen. Es claro que ese aumento de autonomía de las parejas heterosexuales (que acceden a los beneficios) no puede mantenerse

- Finalmente, se ha dicho que permitir el casamiento de personas del mismo sexo *“afecta a los intereses públicos y los que hacen referencia a la crianza y bienestar de los niños. Por el bien público se arguyó que el Estado debe fomentar la procreación y que dar un sello de aprobación a la homosexualidad no iría en esa línea (...); y a favor de los niños, que éstos merecen ser criados por un padre y una madre que les ofrezcan un modelo masculino y uno femenino”*⁴⁴. Este argumento es equivocado por diversas razones:

En principio, el fin del matrimonio no sólo es la procreación sino el desarrollo individual, y la posibilidad de adquirir determinadas protecciones legales para los socios, protecciones –beneficios- que ya han sido enunciados en este ensayo. Por ello, no es válida la prohibición de matrimonio que descansa sobre la base de que la procreación es su única finalidad⁴⁵. Además, ¿acaso el resto de las parejas heterosexuales dejarían de tener hijos si se permitiera el matrimonio entre personas del mismo sexo? Es claro que la procreación no se vería afectada si se levantara esta prohibición⁴⁶.

Excede las intenciones de este ensayo realizar un análisis de las diferentes alternativas de pareja y su relación con la crianza y bienestar de niños. Por estos motivos, no se tratarán temáticas como la relativa a la adopción por parte de parejas del mismo sexo o la inseminación artificial. Sin embargo, esta temática debería estudiarse seriamente antes de arriesgar conclusiones

únicamente a costa de la disminución de la autonomía de las parejas homosexuales (que no acceden a los beneficios) sin violar el principio antedicho.

⁴⁴ Juan Antonio Herrero Brasas, “El Matrimonio Gay. Un reto al Estado Heterosexual”, en “Claves de la Razón Práctica”, junio de 1997.

⁴⁵ Con este criterio debería negarse el matrimonio también a las parejas heterosexuales estériles o impotentes.

⁴⁶ En este sentido, Alemania, Canadá, Dinamarca, Finlandia, Francia, Holanda, Hungría, Islandia, Noruega, Portugal, Suecia, el Estado de Vermont (EEUU), han levantado prohibiciones de diferentes grados a parejas del mismo sexo sin que se muestren consecuencias como las descritas.

prohibitivas. Hoy día observamos el crecimiento de niños en diferentes esquemas o modelos familiares⁴⁷, sin poder establecer a priori grados de conveniencia o inconveniencia⁴⁸ de dichos modelos.

4. Conclusiones.

A lo largo del presente ensayo intenté mostrar al lector que existen buenas razones para abandonar la concepción tradicional sobre la cual se ha desarrollado la institución del matrimonio en las sociedades occidentales. En este sentido, propugné una defensa de la posibilidad de lograr la apertura matrimonial entre personas de idéntico sexo, derogando o declarando la inconstitucionalidad de la prohibición del Artículo 172 del Código Civil argentino. Considero, tal como expresé en el inicio, que cualquier idea de igualdad a la que uno adhiera impone la obligación de eliminar este tipo de medidas discriminatorias. A su vez, estas prohibiciones deben ser consideradas verdaderos obstáculos para la consecución del ideal liberal que informa a nuestra Constitución, ideal ratificado con la incorporación de varios instrumentos de Derechos Humanos.

⁴⁷ Parejas heterosexuales, parejas convivientes y no convivientes, madres solas, padres solos, parientes. Incluso existen casos donde por diferentes motivos, parejas homosexuales han asumido la crianza de niños y han participado del desarrollo de su crecimiento.

⁴⁸ Que ameriten “permitir” o “prohibir” la mencionada crianza.