

CAPÍTULO III
DERECHO COMPARADO

II. Jurisprudencia comparada	137
1. Jurisprudencia de la Corte de Derechos Humanos de Europa. .	137
A) Caso “Rees”	138
B) Caso “Cossey”	146
C) Caso “Sheffield y Horshman”	150
D) Caso “X, Y y Z c/Reino Unido”	155
2. Precedentes de la Comunidad Económica Europea	162
3. Jurisprudencia americana	163
A) Jurisprudencia de Hawai	164
B) Jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos	172
4. Jurisprudencia alemana	178
A) Sentencia de la Corte Constitucional en el caso del transexual	178
B) Juzgado de 1ª instancia de Franckfurt, del 21 de diciembre de 1992	179
C) Sentencia de la Corte Constitucional de 1993	181
5. Jurisprudencia española	182
A) Auto del Tribunal Constitucional 47-1993	182
B) Auto del Tribunal Constitucional 222-1994	183
III. Proyecto de ley argentino	185
IV. Conclusiones	190

Relaciones frente a terceros

Los miembros de la pareja estable son responsables solidariamente frente a terceras personas de las obligaciones contraídas por los gastos necesarios para el mantenimiento de la casa y la atención de los hijos comunes.

Disolución de la unión

La ley considera que la pareja estable se ha disuelto cuando (art. 3):

- a) Ha muerto o se ha declarado el fallecimiento de uno de sus integrantes;
- b) Uno de sus miembros ha contraído matrimonio;
- c) Ambos miembros, por mutuo acuerdo, así lo dispongan;
- d) Uno de los miembros lo decida unilateralmente, y notifique fehacientemente al otro de su decisión;
- e) Cesa efectivamente la convivencia por un período superior a un año;
- f) Tengan lugar los sucesos previstos por la pareja en la escritura pública.

Al igual que lo que acontece con la ley de Cataluña, los miembros de la pareja están obligados a dejar sin efecto el documento público que, en su caso, hubieren otorgado.

La ley prohíbe que cualquiera de los miembros de la pareja establezca otra pareja con una tercera persona sin antes haber disuelto la pareja anterior por alguna de las causales enumeradas anteriormente.

Lo más novedoso de la ley de Navarra es que permite que los miembros de la pareja estable puedan adoptar en forma conjunta con iguales derechos y deberes que las parejas unidas por matrimonio.

Con relación a los derechos sucesorios, se considera equiparado al cónyuge viudo el miembro sobreviviente en caso de fallecimiento del otro miembro de una pareja estable reconocida por la ley.

II. Jurisprudencia comparada*1. Jurisprudencia de la Corte de Derechos Humanos de Europa*

Creemos interesante examinar los precedentes más importantes de

la Corte Europea de Derechos del Hombre porque consideramos que el conocimiento de las soluciones de este prestigioso tribunal puede ayudar tanto al planteo como a la solución a dar al tema cuando requiera respuesta jurisprudencial o legislativa⁴⁹.

Si bien en este estudio sólo nos referimos a los homosexuales, creemos útil reseñar las sentencias relativas a los transexuales, porque las juzgamos analógicamente aplicables, y además porque la Corte Europea de Derechos del Hombre sólo acepta la existencia de dos sexos; ello implica que para la Corte de Estrasburgo las uniones de transexuales son uniones de personas del mismo sexo. Tal consideración en principio hace aplicable las soluciones dadas para los transexuales a los homosexuales, en lo que respecta al derecho a casarse.

Concretamente, examinaremos lo afirmado por la Corte en los casos "Rees", "Cossey", "Sheffield" y "Horshman", "X y Z", todos relativos a planteos de transexuales contra el Reino Unido; en cada caso examinaremos los antecedentes de hecho, la pretensión, la posición del gobierno británico y la sentencia, salvo en el caso "Rees", que para una mejor comprensión haremos un resumen de las normas pertinentes del Derecho inglés⁵⁰.

A) Caso "Rees"⁵¹

a) Antecedentes de hecho

El requirente era un ciudadano británico nacido en 1942 que residía

⁴⁹ La doctrina en nuestro país se ha ocupado del tema del transexualismo, entre otros: RIVERA, Julio César, *Transexualismo: Europa condena a Francia y la Casación cambia su jurisprudencia*, en E. D. 151-917; YUNGANO, Arturo Ricardo, *Cambio de sexo*, en L. L. 1975-A-481 a 483; CIFUENTES, Santos, *Derechos personalísimos*, Astrea, Buenos Aires, 1995, ps. 314 a 316; ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños*, vol. 2, *Daños a las personas. Integridad espiritual y social*, Hammurabi, Buenos Aires, ps. 335 a 343; IGNACIO, *Transexualismo, cambio de sexo y derecho a contraer matrimonio* cit., ps. 867 y ss.

⁵⁰ Los precedentes de la Corte Europea de Derechos Humanos los comentamos en *Transexualidad: Evolución jurisprudencial en la Corte Europea de Derechos del Hombre*, en L. L. 2000-A-1024, y *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 20, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, sección Derecho Comparado, *Legislación y jurisprudencia extranjeras. Personas, familia y sucesiones*, ps. 445 y ss.

⁵¹ Cour Européenne des Droits de L'Homme, 17-10-86, "Rees c/Reino Unido", publié dans A-106.

en Wells, Inglaterra. A su nacimiento presentó las características físicas de sexo femenino y como tal fue registrado bajo el nombre Brenda Margaret Rees. En su primera infancia Brenda manifestó un comportamiento de tipo masculino y un aspecto ambiguo. Cuando se dio cuenta de su condición de transexual realizó un tratamiento hormonal que le provocó la aparición de caracteres secundarios masculinos.

En septiembre de 1971 cambió el nombre por el de Brendan Mark Rees y en 1977 adoptó el de Mark Nicholas Alban Rees. Después de su cambio de nombre solicitó un cambio de pasaporte que indicara su nueva identidad, precedido de la letra M., que le fue concedido.

En 1974 se sometió a un tratamiento quirúrgico, concretamente a una vasectomía bilateral para extirpar sus senos, que fue pagada por el Servicio Nacional de Salud.

A partir de 1973 el requirente intentó persuadir a los diputados de que se dictara una ley sobre los transexuales que les permitiera la corrección de su acta de nacimiento en lo relativo al sexo, pero no tuvo éxito.

El 1º de noviembre de 1980 presentó una demanda a fin de la corrección del sexo en el acta de nacimiento, alegando que existía "error". Señaló que de los cuatro criterios para determinar el sexo, que son: cromosómico, gonádico, genital y psicológico, el más importante es este último ya que determina el comportamiento social del individuo y su rol como adulto. Puso de relieve que el sexo es fijado jurídicamente en el momento del nacimiento cuando en verdad en el aspecto psicológico se revela más tarde.

Por otra parte, el requirente manifestó que él se consideraba un hombre y la sociedad lo reconocía como tal y que salvo su acta de nacimiento todos los documentos oficiales lo designaban por su nuevo nombre precedidos de la "M." insertada en su pasaporte en 1984.

b) *El Derecho interno inglés*

Tratamiento médico

En el Reino Unido las intervenciones de conversión sexual no exigen ninguna formalidad jurídica. Inclusive las operaciones y tratamientos pueden ser financiados por el Servicio Nacional de la Salud.

Cambio de nombre

En el Derecho inglés las personas están autorizada a elegir libremente el nombre que van a utilizar. El empleo de nuevos nombres está sujeto a ciertas formalidades de publicidad, y los nuevos nombres son válidos a los fines de la identidad jurídica y pueden ser utilizados dentro de los documentos como pasaportes, permisos de conducir, registros y matriculaciones de vehículos, carnés médicos, en la seguridad social, en los impuestos y en los registros de seguro nacional, y ellos figuran en las listas electorales.

Documentos de identidad

Las actas de nacimiento no son necesarias para identificarse en el Reino Unido, bastando el documento de identidad, el pasaporte o el carné de conducir, y los transexuales pueden insertar en los documentos una fotografía reciente y la denominación Mme., Mlle. o M. según los casos.

Acta de nacimiento

El sistema de registro de nacimientos, defunciones y casamientos se remonta en Inglaterra y en Gales a una ley de 1837. La registración del nacimiento fue reglamentada por una ley de 1953, que requiere el registro de todo nacimiento por el oficial competente del estado civil de la circunscripción donde el niño ha nacido.

Un certificado de nacimiento (*birth certificate*) consiste en una expedición certificada y autenticada de los datos contenidos en el registro o en un extracto del mismo.

Los registros y las actas expedidas a partir de ellos revelan los datos contemporáneos al nacimiento. Así, en Inglaterra y en Gales el certificado asegura la identidad pero a partir de datos históricos. El sistema tiene por fin constituir una prueba incontestable para establecer lazos familiares a los efectos de la sucesión, la filiación legítima, la división de bienes, etcétera. Los archivos del estado civil constituyen una fuente para el estudio de la población y para establecer las estadísticas sobre su crecimiento, su salud y su fecundidad.

Todas las inscripciones de los registros de nacimientos se encuentran en ficheros. El público puede consultarlo y obtener una copia certificada de las inscripciones. Pero para lograr el certificado es necesario conocer

el nombre con el cual se ha registrado a la persona, la fecha aproximada, y el lugar y la circunscripción en la cual el nacimiento ha tenido lugar.

El derecho en vigencia no exige la presentación del certificado de nacimiento para obtener empleo, pero el empleador puede requerirla.

Se requiere el certificado de nacimiento para obtener el pasaporte original, pero no para renovarlo, reemplazarlo, ni para obtener el permiso de conducir.

Las compañías de seguro requieren en general el certificado de nacimiento (no siempre) para los contratos de renta o de pensión o de vida, pero no (en general) para las pólizas de seguro de automotor o de multirriesgos.

Algunas veces el certificado de nacimiento es exigido para entrar en la universidad o para entrar en la función pública.

Casamiento

En el Derecho inglés el casamiento se define como la unión voluntaria de vida entre un hombre y una mujer con la exclusión de toda otra persona; se considera nulo todo matrimonio entre personas de igual sexo.

Según el Derecho del *common law* a partir del precedente “Corbet vs. Corbet” de 1971, a los fines de la celebración del matrimonio, el sexo a tener en cuenta es el sexo cromosómico o gonádico y genital; el sexo adquirido por una intervención quirúrgica no es tenido en cuenta. El sexo se prueba con el acta de nacimiento, pero admite prueba en contrario.

Definición legal de sexo

A partir del caso “Corbet vs. Corbet”, el sexo se define en el Derecho inglés por el concepto biológico⁵². Este criterio se aplica no sólo al casamiento sino a otros casos (por ej., para obtener la jubilación, quien ha recibido un tratamiento hormonal y quirúrgico destinado a conver-

⁵² El sexo biológico se determina por factores cromosómicos, cromatinicos, gonadales, hormonales y genitales internos y externos. El factor cromosómico está dado por un cromosoma diferente para el varón y para la mujer, el cromatinico es la factibilidad de colorearse según la fórmula citogénica, estos dos factores se mantienen inalterables en toda la vida del individuo y no varían en los transexuales, aun cuando se sometan a operaciones de cambio de sexo. Por acción de los cromosomas se determinan las gónadas y éstas contribuyen a las hormonas que influyen en los genitales.

tirlo en una mujer es considerado hombre a los fines de establecer la edad de la jubilación; también, en materia de riesgos de trabajo, el transexual que originariamente es mujer no podría trabajar en los empleos destinados al hombre)⁵³.

c) *Pretensión de Rees*

Rees se queja de que el derecho británico no le confiera el status correspondiente a su condición real e invoca la violación de los derechos contemplados en los artículos 8 y 12 de la Convención Europea de Derechos del Hombre.

El requirente pretende ser víctima de una legislación y de prácticas nacionales contrarias a su derecho al respeto de su vida privada consagrado por el artículo 8 de la Convención. Fundamentalmente, se queja de que el Estado inglés continúe otorgando un certificado de nacimiento en el que figura como de sexo "femenino", ya que ello le produce un acto de humillación cada vez que debe mostrar el acta que revela su sexo oficial que está en discordancia con su apariencia.

También manifiesta que el Estado inglés vulnera su derecho a casarse al no permitirle hacerlo con otra mujer.

d) *La sentencia*

La Corte dijo que la transexualidad no constituye un fenómeno nuevo pero que sus características se han definido y examinado mejor en los últimos decenios; se entiende por "transexuales" *a las personas que pertenecen físicamente a un sexo pero que sienten el pertenecer a otro, y para acceder a una identidad más coherente y menos equívoca se someten a tratamientos médicos o a intervenciones quirúrgicas a fin de adaptar sus caracteres físicos a su psiquismo.*

En el Reino Unido, ni el legislador ni la jurisprudencia han establecido una decisión general y uniforme relativa al estado civil de los transexuales operados. No existe ningún régimen del estado civil integral; solamente se registran los nacimientos, los casamientos, las defunciones y las adopciones. En estos registros se consignan los datos

⁵³ Existen muy pocos trabajos que estén prohibidos a la mujer, en la actualidad inclusive le están permitidos los trabajos nocturnos.

pertinentes tal como se producen en su origen sin mencionar los cambios de nombre, dirección, etcétera. Como el Derecho inglés registra los datos históricos es lógico que en el acta de nacimiento se registre el sexo de origen y, al igual que no se registran los cambios de domicilio, no se registren los cambios realizados por los transexuales.

Por el contrario, dentro del Reino Unido, los transexuales pueden modificar su nombre y hacer expedir documentos oficiales con su nuevo nombre con la abreviación pertinente (M., Mme., Mlle.). Esta facultad les procura una ventaja considerable frente a otros Estados donde todos los documentos oficiales deben concordar con lo registrado en el estado civil. No obstante, en el acta de nacimiento y en las copias certificadas se indica el sexo biológico del momento del nacimiento. Está claro, entonces, que el Reino Unido no reconoce al requirente un sexo social masculino. En el estado actual del Derecho británico M. Rees es considerado como una mujer, entre otros, a los efectos de la jubilación, el casamiento, ciertos empleos, y la existencia de un acta de nacimiento no corregida no contribuye a darle identidad como hombre.

El requirente y la Comisión juzgan esta situación como contraria al artículo 8 de la Convención y señalan que no existe ningún interés público en negar el cambio de sexo en el acta de nacimiento, señalando que similares cambios se realizan en el caso de las adopciones, donde el acta de nacimiento no refleja los datos históricos. Y manifiestan que otros Estados de la Comunidad permiten el cambio de sexo en sus partidas de nacimiento. Por otra parte, plantean la incongruencia del Reino Unido al costear con su sistema de salud gratuito los tratamientos y las operaciones de los transexuales y al mismo tiempo impedir el cambio de sexo en la partida de nacimiento.

Este argumento no convenció a la Corte, para quien el derecho al respeto a la vida privada contemplado por el artículo 8 de la Convención está destinado principalmente a evitar la injerencia del Estado en la vida privada de los ciudadanos, y no se advierte que a través del sistema de registración de las actas de nacimiento el Estado inglés se entrometa en la vida privada de los transexuales.

El tribunal entiende que el requirente pretende un accionar positivo del Estado inglés; no solamente que éste omita todo tipo de injerencia, sino que modifique el sistema de registración de sus partidas de nacimiento.

En el ámbito del accionar positivo, el margen de apreciación de los Estados es mayor y las medidas positivas sólo son exigidas cuando existe un Derecho uniforme o común para todos los países, que demuestra la incorporación de un principio de derecho que no puede ser ignorado por ningún Estado, o cuando el equilibrio entre el interés general y el particular demuestra que existe una violación del interés individual sin justificación común.

En relación al cambio de sexo en las partidas de nacimiento, la Corte pone de manifiesto que no hay un acuerdo en los Estados europeos y que si bien algunos lo admiten otros no lo hacen; describe el estado de la legislación como de transición y señala que éste es un aspecto donde el Estado tiene libertad de regulación, ya que no existe un acuerdo general sobre el tema, ni una legislación común.

En cuanto al derecho del transexual al respeto a su vida privada, la Corte entiende que hacer constar en el acta de nacimiento el cambio de sexo no lo liberará de sus problemas porque de todas maneras se dejaría constancia de que el sexo ha sido cambiado. Además, pone de resalto que el cambio quirúrgico no le da todos los caracteres del otro sexo al que no pertenece, ya que con los tratamientos y las operaciones se pierden algunos caracteres del sexo de origen pero no se adquieren todos los del sexo contrario.

Con relación al interés general, el tribunal entiende que existen casos en que se justifica el conocimiento del sexo de origen y que no se puede privar a los interesados del acceso a esos datos.

Es cierto que las menciones de las actas de nacimiento pueden ser cambiadas en el caso de adopción y de legitimación, pero la situación no es similar ni comparable a la del transexual. La Corte acepta como razonable que en la legislación británica, salvo error u omisión, no se admita un cambio en el sexo que conste en el acta de nacimiento, porque entiende que admitirlo induciría a error a las personas que tienen un interés legítimo en conocer los datos exactos, y considera que las exigencias del interés público militan en contra de las aspiraciones de los transexuales de hacer constar el cambio de sexo en el acta de nacimiento.

En cuanto a la pretensión de Rees relativa a que la anotación sobre el cambio de sexo no sea revelada a terceros, pone de resalto que para

ello sería necesario hacer una modificación radical del sistema actual de registro de nacimiento de manera que el público no pudiera acceder a las registraciones anteriores. El secreto puede provocar resultados indeseables, por ejemplo, en el ámbito del Derecho de Familia o de sucesiones, y privaría a organismos oficiales como la Armada, o a contratantes particulares, como las aseguradoras, de datos e indicaciones que ellos tienen legítimo derecho de conocer.

Para evitar estas dificultades, una legislación debería precisar los efectos del cambio de sexo en los diferentes contextos y las condiciones en las cuales el secreto debería ser dejado de lado por el interés general. Si se tiene en cuenta el gran margen de apreciación que tiene el Estado y la necesidad de proteger los intereses de otros para atender el equilibrio querido, no se puede admitir que exista violación al artículo 8 de la Convención Europea de Derechos del Hombre, por no tomar las medidas positivas que Rees solicita.

La Corte toma conciencia de la gravedad de los problemas de los transexuales pero considera que la Convención debe ser interpretada a la luz de las condiciones vigentes al tiempo del dictado de la sentencia, y conforme a esas condiciones no se puede considerar que exista violación al artículo 8 de la Convención Europea de Derechos del Hombre, sin perjuicio de la necesidad de establecer medidas jurídicas acordes con la evolución de la ciencia y de la sociedad.

Sobre la violación del derecho a casarse, la Corte considera que no existe tal violación porque la Convención asegura el derecho a casarse de dos personas de diferente sexo y no de transexuales.

A los fines de nuestro estudio, destacamos que para la Corte de Derechos Humanos las leyes que establecen que el *matrimonio es la unión de un hombre y una mujer* no violan la Convención de los Derechos Humanos de Europa.

Por otra parte, ponemos de relieve que el caso de los transexuales es más grave que el de los homosexuales porque su apariencia sexual no condice con su sexo de origen. Si, aun así, el tribunal entiende que la prohibición de celebrar matrimonio no viola la Convención Europea de Derechos del Hombre, con mayor razón cabe esta conclusión respecto de personas de igual sexo entre las cuales no ha mediado transformación quirúrgica alguna.

B) *Caso "Cossey"*⁵⁴

a) *Antecedentes de hecho*

Cossey era un ciudadano británico nacido en el año 1954, que fue registrado como de sexo masculino con el nombre Barry Keneth.

A los 21 años se dio cuenta de que no era como los demás jóvenes de su sexo y que pertenecía psicológicamente al sexo femenino, no obstante tener órganos genitales masculinos.

En julio de 1972 abandona sus nombres masculinos, para tomar el nombre femenino de Caroline, que cambia por un acto unilateral *-deed poll-* en 1973, nombre que mantiene hasta el momento de la sentencia. Por otra parte comienza a vestirse como una mujer y asume el rol femenino.

En 1974, en una clínica de Londres, se somete a una intervención sexual de cambio de sexo destinada a dar a su anatomía externa un aspecto más femenino. Anteriormente había tomado hormonas femeninas y se había operado para lograr un aumento del volumen de sus senos con la ayuda de un implante.

Un informe médico de 1984 la describe como una encantadora joven femenina normal que vive una vida de mujer tanto psicológica como psíquicamente, y después de sus operaciones se ha transformado en un transexual que tiene una vagina y puede tener relaciones sexuales con un hombre.

En 1976 el Reino Unido le expide un pasaporte designándola como de sexo femenino y desde 1979 a 1986 trabaja como modelo y aparece regularmente en los diarios, revistas y anuncios publicitarios.

En 1983 Cossey pretende casarse con M. L., ciudadano italiano que conocía desde hacía catorce meses. El Registro General del Estado Civil le informa que un casamiento de ese tipo en el Reino Unido era nulo porque era considerada como de sexo masculino, no obstante sus características físicas y psicológicas femeninas, y que para que pudiera casarse sería necesaria una reforma legislativa.

⁵⁴ Cour Européenne des Droits de L'Homme, septiembre de 1990, "Cossey c/Reino Unido". Una reseña del caso puede leerse en: *Transexualidad: Evolución jurisprudencial en la Corte Europea de los Derechos del Hombre* cit., p. 1024.

En 1984 ella solicita un certificado de nacimiento donde conste que su sexo es el femenino, que le es denegado porque los datos del acta de nacimiento recogen los datos del nacimiento.

El 21 de mayo de 1989 Cossey se casa con M. X., ciudadano de sexo masculino, en una sinagoga en Londres, y sus relaciones finalizan el 11 de junio.

Con posterioridad, Cossey plantea un recurso ante la alta Corte, quien en una sentencia de 1990 declara que el matrimonio es nulo porque ambas partes son del mismo sexo.

b) *La pretensión del actor*

El actor denuncia que en el Derecho inglés no puede obtener un reconocimiento total de sus derechos de conformidad con el sexo elegido. Concretamente, Cossey se queja de que se le niega la expedición de un certificado de nacimiento que le atribuya el sexo femenino, y que se le impida casarse. Considera que ello constituye una violación a los artículos 8 y 12 de la Convención Europea de Derechos del Hombre.

El artículo 8 dice: "Toda persona tiene derecho al respeto a su vida privada y familiar y a su domicilio y correspondencia.

"No puede existir injerencia de una autoridad pública en el ejercicio de ese derecho salvo que esta intervención esté prevista por la ley y que ella constituya una medida, dentro de una sociedad democrática que sea necesaria para la seguridad nacional, seguridad pública o para la economía de un país o para la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales o la protección de la salud o de la moral o la protección de los derechos y la libertad de los otros".

Y el artículo 12: "A partir de la edad núbil el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que reglamenten el ejercicio de ese derecho".

c) *La sentencia*

La Corte se plantea si las circunstancias de la causa "Cossey" difieren de las del caso "Rees". El requirente y la Comisión señalan que sí, porque al momento de la intervención de la Comisión, Cossey tenía

un novio dispuesto a casarse con ella mientras que Rees no tenía ninguna compañera deseosa de unirse a él. Por otra parte, no obstante la anulación del matrimonio celebrado con X, Cossey demuestra la intención de casarse.

La Corte no está persuadida de esta diferencia porque la cuestión relativa al deber del Estado de cambiar el sexo en la partida de nacimiento no sólo tiene que ver con el hecho de que el requirente tenga un compañero con quien quiera casarse ya que uno puede solicitar una copia del acta para fines diferentes al casamiento. Por otra parte, tampoco varía en lo relativo a la vulneración del derecho a casarse ya que ese derecho no depende de la existencia de un compañero estable, ni del deseo de casarse, sino de que la persona que desea hacerlo se adecue a los criterios establecidos por la ley.

La requirente subraya que ella está reconocida socialmente como mujer, a diferencia de Rees que era reconocido como hombre. Pero para el tribunal poco importa que se trate de una transexual y no de un transexual como Rees; esta circunstancia, a juicio de los miembros del tribunal, no diferencia ambos casos.

De todas maneras, la Corte entiende que los problemas planteados por Cossey merecen una nueva reflexión⁵⁵.

Según la requirente, el hecho de que el Estado inglés se niegue a otorgarle un certificado de nacimiento que le atribuya el sexo femenino constituye una injerencia ilegítima en su vida privada pues le obliga a revelar los detalles personales íntimos cada vez que debe presentar un documento parecido.

La Corte sostiene –lo mismo que afirmó en el caso “Rees”– que la negativa a modificar las actas de nacimiento consignando una operación en el sexo realizado con posterioridad no constituye una “injerencia” en la vida privada de los transexuales.

Entiende que en éste, como en el caso “Rees”, no se pretende del Estado una mera abstención sino una actitud positiva. Por ende, la

⁵⁵ La Corte no se encuentra obligada a no variar sus propios precedentes, éstos son mantenidos por razones de seguridad jurídica y de desarrollo coherente de la jurisprudencia relativa a la Convención. Pero ello no impide variar las sentencias cuando se justifique para lograr una interpretación de la Convención acorde con la evolución de la sociedad.

cuestión radica en determinar si el respeto efectivo de la vida privada de Cossey requiere de medidas positivas por parte del Reino Unido.

Para concluir en la ausencia de esta obligación se parte de las siguientes consideraciones:

- a) La exigencia de un justo equilibrio no puede obligar al Estado a cambiar su registro de nacimiento en el que se consignan hechos históricos, porque otros Estados lo hayan adoptado, cuando no existe un consenso legislativo generalizado.
- b) Una anotación como la pedida sólo podía demostrar que el requirente ha efectuado un cambio de sexo, pero no le suprimiría el sexo original; además el cambio médico o quirúrgico de los transexuales no les hace adquirir todos los caracteres del otro sexo, y la anotación pedida no podría constituir una garantía efectiva de la integridad de la vida privada del requirente ya que esta anotación revelaría el cambio de sexo.
- c) El cambio solicitado obligaría a modificar todo el sistema de registro público de Inglaterra y privaría a los interesados del conocimiento de los datos a los que ellos tienen derecho.
- d) Por otra parte, no se puede obligar a registrar un cambio completo de sexo cuando éste es imposible en el plano médico.

La Corte no reconoce ningún progreso científico significativo después de dictado el caso "Rees" que le permita cambiar su opinión y admitir que una operación de cambio de sexo otorga todos los caracteres del sexo al que no se pertenece.

Una cierta evolución se advierte después de 1986 dentro del Derecho de algunos Estados miembros del Consejo de Europa, además de la resolución adoptada por el Parlamento Europeo el 12 de septiembre de 1989 y la recomendación de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa del 29 de septiembre de 1989, todas ellas tendientes a recomendar la armonización de las legislaciones, que al momento del dictado se encuentran en estado diverso en un dominio que otorga gran margen de apreciación. Por ello, la Corte concluye en que no ha existido violación al artículo 8. Insiste, al igual que en el caso "Rees", en recomendar a los Estados que adopten medidas apropiadas y examinen permanentemente su legislación a la luz de las evoluciones científicas y sociales.

Sobre la violación del artículo 12 que contempla el derecho a casarse argumenta del siguiente modo.

Cossey insiste en que se le está vulnerando su derecho a casarse ya que ella se ha transformado en una mujer y se quiere casar con un hombre, pero para el Derecho inglés ella sigue siendo un hombre; no desconoce que la Convención protege el derecho a casarse entre un hombre y una mujer pero señala que ella es una mujer, y que no son justos los criterios ingleses de establecer el sexo sólo por los caracteres biológicos.

La Corte entiende que no existe ninguna imposibilidad de que el requirente se case con una mujer, con lo cual no hay violación al derecho a casarse, ya que éste es otorgado a dos personas de diferente sexo; es por ello que le está denegado hacerlo con un hombre, porque la ley inglesa no protege el derecho a casarse entre seres del mismo sexo.

El criterio aplicable para determinar el sexo de una persona es una cuestión interna de cada Estado, y no existiendo acuerdo unánime en el ámbito médico es competencia del Estado continuar estableciendo el sexo por criterios biológicos.

Queremos poner de resalto que en este precedente la Corte insiste en que la prohibición legislativa interna de contraer nupcias entre personas de igual sexo no viola ni el derecho a la privacidad ni el derecho a casarse, porque el matrimonio es entendido como una institución reservada a las personas de diferente sexo biológico y quienes no tienen tal diferencia no son equiparables a los fines de la capacidad nupcial.

C) Caso "Sheffield y Horshman"⁵⁶

a) Procedimiento

Se dictó una única sentencia en dos asuntos distintos elevados a la Corte por la Comisión Europea de los Derechos del Hombre; uno había sido planteado por la señorita Kristina Sheffield contra el Reino

⁵⁶ Cour Européenne des Droits de L'Homme, 30-7-98, affaire "Sheffield et Horshman c/Royaume-Uni", *Recueil des Arrêts et Décisions*, 1998, édité par Carl Heymanns Verlag Kg, Luxemburger, 449-D-50939. Una reseña del fallo puede leerse nuestra obra en *Transsexualidad: Evolución jurisprudencial...* cit.

Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. El otro había sido planteado por Rachel Horshman contra el mismo Estado.

b). *Antecedentes en el caso "Sheffield"*

Kristina Sheffield era una ciudadana británica nacida en 1946; al momento del fallo residía en Londres. A su nacimiento fue registrada como de sexo masculino, luego se casó y su esposa tuvo una hija. En 1986 comenzó un tratamiento en una clínica de identidad sexual con la intención de someterse a una operación de cambio de sexo. El cirujano y el psiquiatra le exigieron que obtuviese el divorcio antes de la realización de la operación. Kristina se divorció y se realizó una operación y un tratamiento de cambio de sexo; cambió su nombre por el que usa actualmente y ese cambio de nombre fue registrado en su pasaporte y en su permiso de conducir.

Después de la operación, su ex esposa demandó la cesación de todo contacto con la hija y el tribunal hizo lugar a la demanda afirmando que mantener contacto con un transexual no era bueno para el interés del menor.

Si bien su nuevo nombre figura en su pasaporte y en su permiso de conducir, el antiguo y el sexo de nacimiento figuran en otros registros como en el de seguridad social, policía y en el acta de nacimiento que consta en el Registro Civil. Kristina asegura que esto le produce problemas y daños, relata diversas circunstancias en que fue obligada a denunciar su sexo anterior, entre otras: el 7 y 16 de abril de 1992 compareció ante la justicia para dar una fianza para un amigo, y las dos veces, con gran vergüenza, debió denunciar su antiguo nombre y sexo. En marzo de 1994 prefirió no servir de testigo en un procedimiento penal que pudo haber servido de coartada a un amigo pensando que la divulgación delante del tribunal de su sexo original podía dar al procedimiento un elemento de sensacionalismo. El 20 de diciembre de 1992 suscribió una póliza de seguros para su automóvil; en el contrato debió identificarse como de sexo masculino porque el Derecho británico la sigue considerando como de sexo masculino. Kristina afirma que a consecuencia de su cambio de sexo no había vuelto a conseguir empleo como piloto.

c) *Antecedentes en el caso "Horshman"*

Raquel Horshman era una ciudadana británica nacida en 1946 que vivía en los Países Bajos desde 1974. Explica que desde la infancia se consideraba un hombre y que a la edad de 21 años se dio cuenta de que era un transexual; dejó el Reino Unido en 1971 y decidió vivir en el extranjero como una mujer. A partir de 1990 se sometió a una psicoterapia y a un tratamiento hormonal y mediante una operación cambió su sexo, motivo por el cual cambia el nombre en el pasaporte y en el registro de conducir; pero le fue denegada su petición de cambiar el nombre y el sexo en el acta de nacimiento de Gran Bretaña.

La requirente pone de manifiesto que se ve obligada a vivir en el exilio a causa de la discriminación que sufre en Gran Bretaña y señala que tiene un compañero con el que desea casarse, pero este casamiento, que es posible en los Países Bajos, sería inválido en Inglaterra.

d) *Fundamentos de ambas demandas*

Ambas demandantes señalan que la persistencia del Reino Unido de determinar el sexo de las personas a partir de criterios biológicos y la negativa a cambiar las actas de nacimiento poniendo en ella el nuevo sexo de los transexuales operados comporta una violación al artículo 8 de la Convención Europea sobre Derechos Humanos.

Las demandantes afirman que en el Derecho inglés ellas continúan siendo reconocidas como de sexo masculino y que ello les produce un perjuicio. Aclaran que el no reconocimiento pleno en el plano jurídico de su nuevo sexo les produce repercusiones graves en sus vidas porque las obliga a identificarse en contextos públicos como pertenecientes a un sexo al cual ellas han renunciado. Relatan que ello constituye una fuente de sufrimiento y de estrés profundo que produce consecuencias negativas en su vida privada.

Las actoras manifiestan que el Reino Unido establece el sexo de las personas solamente por las características biológicas sin considerar el sexo cerebral, que eso les impide modificar su acta de nacimiento para hacer figurar su nuevo sexo y al no poder modificar ésta, no pueden casarse ni adoptar, además de tener que contratar seguros en condición de hombres.

Las requirentes señalan que en el año 1986 en el caso “Rees” y en el año 1990 en “Cossey”, la Corte había indicado al Reino Unido la necesidad de revisar constantemente las medidas jurídicas en materia de transexualismo, teniendo en cuenta la evolución de la ciencia y de la sociedad. Manifiestan que no obstante los nuevos reconocimientos médicos en materia de transexualismo realizados por el profesor Gooren y la tendencia creciente en los países miembros de la Unión Europea de reconocer jurídicamente los cambios de sexo de los transexuales operados, el Reino Unido no ha cambiado su legislación interna.

Las actoras señalan que la actitud del Reino Unido violenta el artículo 12 de la Convención y que la posibilidad de que los Estados nacionales reglamenten el derecho a celebrar matrimonio no les permite establecer limitaciones que atenten contra la esencia misma del derecho a casarse.

e) *La sentencia*

La Corte reitera lo sostenido en los precedentes anteriores “Rees” y “Cossey” de que en verdad no se trata de una omisión del Estado en reconocer el derecho de los transexuales, ya que el Reino Unido ha modificado los registros de conductor y los pasaportes.

El tribunal entiende que los actores pretenden medidas positivas por parte del Reino Unido y que concretamente exigen del Estado la obligación positiva de cambiar el sistema de registración de los nacimientos de manera tal de hacer figurar la nueva identidad sexual en el acta de nacimiento.

Para defender el sistema actual de registros de nacimientos el Estado inglés invoca motivos de interés general y la Corte admite que existen motivos justificados para mantener datos históricos en los registros como lo son el nombre y el sexo de origen, y que resulta razonable que en algunos casos a los transexuales se les obligue a declarar el sexo de su nacimiento.

El tribunal considera que no ha existido en la ciencia médica ningún descubrimiento que haya disipado de manera concluyente las dudas concernientes a las causas del transexualismo, ya que las investigaciones realizadas por el profesor Gooren no son aceptadas universalmente en la profesión médica-científica.

Por otra parte, señala que la conversión sexual no entraña la adquisición de todos los caracteres del sexo opuesto; además, manifiesta que la evolución jurídica a la que hacen referencia las requirentes no ha llegado a establecer un consenso sobre el derecho al matrimonio, la filiación y la posibilidad de adoptar, que es denegada a los transexuales en la mayoría de los países.

En definitiva, para la Corte el transexualismo continúa presentando cuestiones complejas de naturaleza jurídica, científica, moral y social que no tienen soluciones homogéneas dentro de los Estados pertenecientes a la Unión Europea.

Por otra parte, el tribunal señala que los inconvenientes relatados por los actores no tienen una gravedad suficiente y se encuentran razonablemente fundados. Concretamente, manifiesta que en los casos invocados por la señora Sheffield el Estado inglés tenía buenas razones para exigir el conocimiento del sexo original; así, por ejemplo, considera justificado que en materia de contratos de seguros se tenga en cuenta el sexo del conductor para evaluar los riesgos y establecer el precio de la póliza, y estima razonable que quien va a prestar una caución en materia penal deba declarar su sexo anterior a fin de precisar sus antecedentes judiciales.

La Corte pone de relevancia que independientemente de estas consideraciones, las circunstancias por las cuales se les exige que se revele el sexo anterior son infrecuentes, por lo tanto no pueden ser consideradas como ofensivas al derecho al respeto a la vida privada de los interesados. Además, pone de resalto que el Estado se ha esforzado en minimizar los daños de los transexuales al permitirles obtener un permiso de conducir, un pasaporte y otros tipos de documentos oficiales con su nuevo nombre y sexo.

La Corte reitera su opinión en el sentido de que si bien no existe violación al artículo 8 del Tratado Europeo de los Derechos del Hombre, ni tampoco una evolución científica significativa que permita dar una conclusión universalmente aceptada sobre la etiología del transexualismo, se constata un aumento de la aceptación social, por lo que el Reino Unido tiene la obligación de examinar de manera permanente las soluciones jurídicas dadas a los transexuales, adaptándolas a los avances médicos y sociales.

Con relación al derecho a casarse, la Corte dice que el derecho protegido por el artículo 12 de la Convención hace referencia al matrimonio tradicional entre dos personas de diferente sexo y tiene como fundamento proteger el casamiento, en tanto fundamento de la familia.

A la luz de estas consideraciones, la Corte entiende que la imposibilidad de que dos personas de igual sexo genético contraigan matrimonio no puede constituir una violación al artículo 12 de la Convención.

Con respecto al problema particular planteado por la señora Horshman, la Corte señala que ella no ha demostrado que tuviera serias intenciones de casarse, ni tampoco que tuviera intenciones de radicarse en Inglaterra, y que de ser ello así constituiría un problema de Derecho Internacional Privado relativo al reconocimiento en Inglaterra del casamiento de un transexual operado realizado válidamente en los Países Bajos, que hasta el momento constituía una circunstancia hipotética.

Estos precedentes muestran el firme mantenimiento de la Corte de Estrasburgo al concepto tradicional del matrimonio, y la expresa negativa a considerar que las leyes que prohíben su realización entre personas de igual sexo violentan los tratados de derechos humanos que protegen el derecho a casarse.

D) Caso "X, Y y Z c/Reino Unido"

a) Antecedentes

Los requirentes son "X" "Y" y "Z", ciudadanos británicos habitantes de Manchester, Inglaterra.

"X" nació en el año 1955; actual profesor asistente en la universidad, es un transexual convertido del sexo femenino al sexo masculino y es designado en la sentencia con el pronombre personal masculino.

"X" forma en el año 1979 una unión estable con "Y", de sexo femenino, nacida en el año 1959. El tercer requirente es "Z", nacida en el año 1992 de "Y" después de una inseminación artificial con semen de donante.

Cuando nació, el cuerpo de "X" presentaba los atributos del sexo

femenino; a partir de la edad de 4 años sufre de disociación sexual y se siente atraída por los modos de comportamiento masculinos; en la adolescencia todo ello le causa comportamientos suicidas.

En 1975 "X" comienza un tratamiento hormonal y empieza a vivir y a trabajar como un hombre; después de la realización de tests psicológicos se somete a una operación de cambio de sexo.

En 1990, juntamente con "Y" inicia los procedimientos para que "Y" reciba una inseminación con semen de donante; a tal efecto, acompañan un estudio realizado en 37 niños criados por transexuales que eran en algunos casos sus padres y en otros no, niños que no presentan ninguna anomalía por el hecho de haber sido educados por transexuales.

En noviembre de 1991 el Comité de Ética del hospital acepta practicar el tratamiento solicitado por los requirentes. El 30 de enero de 1992 "Y" fue fecundada artificialmente con semen de donante en presencia de "X", y "Z" nace el 13 de octubre de 1992.

En febrero de 1992 "X" peticiona al Conservador en Jefe del Registro Civil ser registrado como el padre del niño que va tener "Y". El Registro le responde que sólo un individuo de sexo masculino puede ser registrado como padre; también se le hace saber que el niño puede llevar el apellido de "X" y que tendrá derechos fiscales suplementarios si prueba que el niño está a su cargo.

Al nacimiento de "Z", "X" e "Y" intentaron hacerse registrar como el padre y la madre de "Z", pero no dejaron a "X" registrarse como el padre de "Z", por lo que el lugar de padre quedó en blanco en el Registro Civil; "Z" fue inscrita bajo el apellido de "Y".

El contrato de trabajo de "X" expiró en noviembre de 1995 y se postuló a una treintena de empleos. La única respuesta positiva que el recibió era de una universidad de Botswana. El contrato preveía el alojamiento y la enseñanza gratuita para la persona a cargo. "X" rechaza el empleo porque se le hace saber que sólo los cónyuges y los niños unidos por lazos de sangre o de adopción eran considerados a cargo. Encuentra un empleo en Manchester que es el que ocupa al momento de la sentencia.

b) *El derecho y la práctica interna pertinentes en el Derecho inglés*

Definición de sexo en el Derecho interno

El Derecho inglés define el sexo teniendo en cuenta los caracteres biológicos constatados en el nacimiento y no reconoce la conversión sexual resultado de una operación quirúrgica. En virtud de este principio un transexual mujer-hombre no puede casarse con otra mujer ni ser considerado el padre del hijo.

Niños nacidos de inseminación artificial

La ley de 1990 sobre la fecundidad y la embriología humana (Human Fertility and Embrology Act 1990) dispone que cuando una mujer dé a luz a un niño producto de la inseminación con semen de donante con el acuerdo de su compañero masculino, éste y no el donante será considerado el padre del niño (art. 28, párr. 3º).

Registro de nacimientos

La ley de 1953 relativa al registro de nacimientos obliga a consignar en el acta de nacimiento de los niños nacidos en Inglaterra y en Nueva Gales el nombre de los padres.

Si el padre del niño no está casado con la madre, su nombre no figurará automáticamente en el registro como padre; para ello será necesario una petición de ambos padres.

Un acta de nacimiento consiste en la certificación de los datos consignados en el registro o en un resumen del mismo donde consta el sexo, lugar de nacimiento, nombre del niño y de sus padres. Los padres pueden elegir libremente el nombre y apellido del hijo y también cambiarlo.

Patria potestad

La patria potestad es el conjunto de derechos y deberes que ejercen los padres sobre la persona y los bienes de sus hijos. Se confiere a la madre, a ambos padres en caso de estar casados, y puede ser delegada en terceras personas.

Quienes no sean el padre o la madre del menor pueden solicitar su guarda; si ésta le es otorgada, quedan investidos de la patria potestad o autoridad parental.

De esta manera, si bien "X" no puede tener directamente la autoridad parental sobre "Z" porque no es el padre, puede petitionar con "Y"

la guarda conjunta del menor que le permitirá ejercer la patria potestad sobre el menor. En el Derecho inglés existen precedentes que han otorgado la guarda conjunta de menores a dos lesbianas.

c) *La pretensión y la posición del Reino Unido*

Los requirentes afirman tener una vida familiar en el sentido del artículo 8 de la Convención después del nacimiento de "Z". Ponen de resalto que muchas de las características físicas de "X" han cambiado de manera irreversible, motivo por el cual nunca podría llegar a ser una mujer y además subrayan que "X" es el sostén de "Z" e "Y".

El gobierno del Reino Unido no acepta que el concepto de vida familiar se aplique a las relaciones de "X", "Z" e "Y" ya que el Derecho británico considera a "X" e "Y" como dos mujeres que viven juntas porque es imposible obtener una conversión sexual total. Y para el ordenamiento inglés una familia no puede componerse de dos personas del mismo sexo sin lazos parentales, que vivan juntas, ya que resulta igual a una pareja de lesbianas.

La Comisión afirma que la relación de "X" e "Y" no puede ser equiparada a una pareja de lesbianas porque "X" vive como un hombre después del cambio quirúrgico y el estilo de vida de la pareja no se diferencia en nada a una vida común de una pareja heterosexual.

Los requirentes señalan que desde el *affaire* "Rees" se han producido cambios que justifican reformas legislativas y jurisprudenciales; señalan, entre otros:

- 1) Que el Parlamento Europeo y la Asamblea Parlamentaria del Consejo Europa han exhortado el reconocimiento completo de la identidad de los transexuales;
- 2) que la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas ha juzgado que el despido de un transexual motivado en su conversión sexual constituye una discriminación contraria a la Directiva Comunitaria 76-207;
- 3) que la publicación de investigaciones científicas demuestra que el transexualismo no es solamente un problema psicológico porque influye en la estructura del cerebro (ver el artículo del

profesor L. J. G. Gooren, *Aspectos biológicos del transexualismo*, documento del Consejo de Europa).

En consecuencia, teniendo en cuenta estas variaciones en el estado de la ciencia y del Derecho, estiman conveniente que la Corte revea los principios sostenidos en los precedentes "Rees" y "Cossey" y declare que la noción de respeto de la vida familiar y/o privada obliga a los Estados a reconocer jurídicamente el nuevo sexo de los transexuales después de la conversión sexual y que ello comprende los derechos parentales.

Los requirentes subrayan que su caso se distingue radicalmente de los *affaires* "Rees" y "Cossey" porque "X" no requiere obtener una modificación de su acta de nacimiento sino figurar en la de "Z" como padre.

Por su parte, el gobierno afirma que los Estados nacionales tienen un gran margen de apreciación dentro del fenómeno complejo del transexualismo, que en la órbita jurídica se encuentra en una transición, y que no ha habido ni en el ámbito del Derecho ni en la ciencia modificaciones importantes después de los precedentes "Cossey" y "Rees"; señala, además, que en el caso no sólo se encuentra comprometido el derecho de los transexuales, sino derechos de un menor concebido mediante la técnica de fecundación asistida.

d) *La sentencia*

El caso se distingue de los anteriores porque lo que se pretende es que un transexual mujer-hombre se registre como padre; por esa razón, el requirente considera que el caso debe ser examinado bajo la órbita de la vida familiar y no de la vida privada.

La Corte ha señalado con anterioridad que cuando un nexo familiar se encuentra establecido con un niño, el derecho debe tender a proteger ese lazo, a lograr su desarrollo y buscar la integración del niño a su familia. Pero tal principio se afirmó en un caso en que la relación padre-hijo era de naturaleza biológica, diferente del presente, en que el niño del quien se pretende ser reconocido como padre fue concebido con semen de dador y no existe lazo de sangre con el transexual.

Los magistrados que conforman la mayoría ponen de relieve que no existe norma europea en materia de derechos parentales de los transexuales ni un derecho común sobre el caso del niño concebido con semen de tercero conforme al cual el transexual deba ser considerado como su padre. Ni siquiera existe acuerdo sobre las normas a tener en cuenta en los casos de fecundación asistida; así, no existe acuerdo sobre si se debe proteger el anonimato del dador o se debe privilegiar el derecho del niño a conocer su realidad biológica. Al no existir un derecho común, los Estados tienen un gran margen de apreciación.

La Corte se pregunta si existe un justo equilibrio entre los intereses generales y los particulares de los requirentes. Estos últimos ponen de resalto que el hecho de que el nombre de "X" no figure en la partida de nacimiento de la niña puede producirle situaciones perturbadoras, por ejemplo, cuando deba presentar una copia de su acta de nacimiento para una inscripción médica o escolar, para la suscripción de un seguro de vida o de un pasaporte, y que si bien "Z" es de nacionalidad británica por su nacimiento y por su madre, podrían surgir cuestiones difíciles cuando Z busque trabajo en el extranjero, desde que, por ejemplo, en Botswana no era considerada "persona a cargo".

La Corte entiende que el interés de la sociedad de preservar la coherencia de un conjunto de reglas de Derecho de Familia tiene como primer objetivo proteger el interés del niño, y que no es seguro que aceptar una pretensión como la formulada por los requirentes favorezca a los niños concebidos por IAD.

El tribunal estima que el Estado puede tener buenas razones para mostrarse prudente dentro de sus reformas de Derecho, para evitar que se produzcan situaciones indeseables o imprevistas para los niños que se encuentran en la misma situación que "Z"; considera que aceptar el requerimiento de los presentantes puede tener consecuencias imprevistas en otras ramas del Derecho de Familia: por ejemplo, si un transexual mujer-hombre puede ser considerado padre del niño y, al mismo tiempo, como es considerado mujer, puede casarse con otro hombre.

Frente a esos inconvenientes de carácter general la Corte evalúa los inconvenientes particulares que ocasiona la medida de no inscribir

a "X" como padre de "Z" y llega a la conclusión de que estos inconvenientes son inexistentes o mínimos.

En el orden sucesorio, el hecho de que se carezca de derechos hereditarios se soluciona con un testamento; en materia de nacionalidad, no se le produce ningún perjuicio porque el menor ya tiene la nacionalidad británica por nacimiento y por su madre. En cuanto al problema de que "X" no figura en el acta de nacimiento, no hay perjuicio, salvo que los requirentes revelen que "X" no es padre por ser de sexo femenino. Por lo demás, "Z" se encuentra en igual situación que todas las familias en que, por una razón o por otra, el padre no es registrado como tal. Además, las actas de nacimiento son excepcionalmente requeridas a los fines de la identificación.

Por otra parte, nada impide a "X" comportarse socialmente como padre; por ejemplo, vivir con "Z" y prestarle ayuda afectiva y financiera; es libre de presentarse como su padre y de darle su nombre; puede demandar con "Y" una ordenanza de guarda conjunta que le concederá automáticamente la autoridad parental, etcétera.

En definitiva, la Corte concluye que no existiendo lazo biológico entre "Z" y "X", la falta de registración de "X" como el padre de "Z" no constituye una violación a la vida familiar, teniendo en cuenta los problemas complejos que suscita el transexualismo y las soluciones que el Derecho inglés da a situaciones como la planteada, por ejemplo ejercer la guarda conjunta, testar a favor de la menor, llevar el apellido del transexual, vivir con éste y ejercer la autoridad parental.

A los fines de nuestro estudio, destacamos la diversidad de los argumentos utilizados por los requirentes: por primera vez se alega que la imposibilidad de contraer matrimonio de una pareja del mismo sexo atenta contra los derechos del niño nacido de inseminación asistida practicada en una de las convivientes con fundamento en que al no permitirse el casamiento de la pareja lesbiana ni el reconocimiento como padre de la compañera del mismo sexo que con ella convive, se le niegan al niño los derechos a la herencia o a la protección proveniente de la seguridad social.

La Corte responde con razonabilidad; los argumentos son novedosos porque al niño se lo puede proteger para después de la muerte, mediante el dictado de un testamento o por contratos de seguro, sin

*que sea necesario alterar la esencia de la institución matrimonial, mediante el otorgamiento de la capacidad nupcial a los homosexuales para proteger al menor hijo de una de las convivientes lesbianas*⁵⁷.

2. Precedentes de la Comunidad Económica Europea

La resolución del Parlamento Europeo relativa a la igualdad de derecho de los homosexuales tiene por fin facilitar la libertad de circulación, uno de los principios fundamentales de la Unión Europea⁵⁸.

Piénsese que si una pareja homosexual danesa registrada (que en su país tiene el mismo régimen que la pareja casada) se traslada a Italia a trabajar, pierde los derechos que en su nación de origen tenía; por ejemplo, en caso de fallecimiento de alguno de los miembros, el otro no tendría el derecho a recibir la pensión de viuda porque carecería de la condición de cónyuge, y esta situación, en definitiva, atentaría contra el derecho a la libre circulación de los trabajadores.

Sin embargo, cuando la Comisión ha tenido que expedirse⁵⁹ ha señalado que el derecho a regular el matrimonio no le ha sido delegado al Parlamento Europeo y, por lo tanto, cada Estado mantiene su soberanía al respecto; que la falta de regulación del matrimonio entre los homosexuales no vulnera el principio de la no discriminación en razón de la nacionalidad, que sí se encontraría atacado si un país diera jerarquía matrimonial a las uniones homosexuales entre sus ciudadanos y no lo hiciera con las uniones homosexuales de los extranjeros⁶⁰.

Concretamente, la Comisión respondió a la pregunta realizada por Freddy Black en 1995 que planteaba la siguiente cuestión: Dos países

⁵⁷ La Corte Europea ve el problema del transexualismo como un problema del derecho a la identidad y por eso considera que las legislaciones internas que no permiten el cambio de documentos violan la Convención. Ello fue señalado por la Corte a Francia y por tal motivo la Casación francesa tuvo que modificar su jurisprudencia.

⁵⁸ La libertad de circulación se encuentra establecida en el Tratado de la Comunidad Económica Europea en el art. 3, C, donde se señala "la supresión entre los Estados miembros de los obstáculos a la libre circulación de personas, servicios y capitales".

⁵⁹ Las preguntas al Consejo y a la Comisión se encuentran reguladas por el Reglamento Interno del Parlamento Europeo en sus arts. 40 y ss.

⁶⁰ GARCÍA-GARCÍA, ob. cit., p. 271.

de la Unión Europea, Suecia y Dinamarca, han aprobado disposiciones relativas a las parejas homosexuales, ¿considera la Comisión que es conforme a los principios sobre la libre circulación de trabajadores el hecho de que una pareja danesa que conviva como una pareja declarada puede trasladarse a Suecia sin perder sus derechos pero, en cambio, los pierde si se traslada, por ejemplo, a Bélgica?

La respuesta del señor Flynn en nombre de la Comisión fue: La Comisión es consciente de las dificultades que enfrentan las parejas de hecho en el ejercicio de su derecho a la libre circulación, habida cuenta de las divergencias que existen en las legislaciones de los Estados miembros.

No obstante, la Comisión solamente puede señalar que, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, debido a la inexistencia de toda indicación en sentido contrario en el Reglamento N° 1612-68 relativo a la libre circulación de los trabajadores en el interior de la Comunidad, la palabra cónyuge utilizada en el artículo 10 de este Reglamento tiene por objeto únicamente una relación estable con el trabajador.

Así pues, el principio de no discriminación sólo puede ser invocado por los trabajadores de los otros Estados miembros cuando un Estado concede el derecho a la reagrupación familiar de una pareja a sus propios nacionales bajo condiciones diferentes⁶¹.

La Comisión ha entendido que las discriminaciones que se fundan en tendencias sexuales no son materia de competencia de la comunidad y que los derechos fundamentales de las minorías sexuales están protegidos por instrumentos internacionales, especialmente por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos.

3. *Jurisprudencia americana*

En el punto anterior nos hemos ocupado de los precedentes de tribunales supranacionales europeos, que en su mayoría se referían a parejas de transexuales; jurisprudencia que consideramos importante por su aplicación analógica y por la interpretación del matrimonio que ellos realizan.

⁶¹ Ídem nota anterior.

En este punto vamos a ocuparnos de los casos americanos que han hecho referencia específica a los homosexuales y a su derecho a casarse.

A) *Jurisprudencia de Hawai*

La evolución de la jurisprudencia de Hawai resulta muy importante por las siguientes consideraciones.

Estas sentencias constituyen los primeros precedentes que declaran inconstitucional una ley que prohíbe el matrimonio entre personas de igual sexo, con fundamento en la prohibición de discriminar.

La jurisprudencia de Hawai suscitó múltiples interrogantes relativos al reconocimiento por parte de los otros Estados de los EE. UU. de los matrimonios que se celebraban en Hawai.

Este precedente tuvo tanta repercusión en los EE. UU. que motivó el dictado de la “Ley de Defensa del Matrimonio” a la que hemos hecho referencia con anterioridad y que niega el reconocimiento de estas uniones por los diferentes Estados de EE. UU.

“Baher vs. Levin” (Corte Suprema de Hawai)

Antecedentes de hecho

El 17 de diciembre de 1990 tres parejas del mismo sexo demandaron al Departamento de la Salud del Estado de Hawai el otorgamiento de una autorización de casamiento. Ésta les fue negada con el fundamento de que las parejas eran del mismo sexo. El 1º de mayo de 1991 las tres parejas recurrieron al Tribunal de Gran Instancia de Honolulu (Circuit Court of the First Circuit State of Hawai) pidiendo la inconstitucionalidad del acto denegatorio de la licencia. El 1º de octubre de 1991 el tribunal rechazó la demanda y los demandantes recurrieron a la Corte Suprema de Hawai.

La legislación de Hawai

Cabe aclarar que en la época en que los actores habían solicitado su licencia para casarse la ley no impedía expresamente el casamiento entre homosexuales. Pero el lenguaje de la ley traslucía que la in-

tención del legislador había sido limitar el casamiento a la unión entre un hombre y una mujer⁶².

La decisión de la Corte Suprema de Hawai

Antes de detenerse en el análisis de la ley que se pretendía inconstitucional, la Corte Suprema de Hawai declara que el derecho a casarse es uno de los derechos civiles más fundamentales del hombre y pone de resalto que otorga importantes ventajas a las parejas casadas. Sin pretender una enumeración exhaustiva, la Corte Suprema cita las ventajas que a partir del casamiento se producen; entre ellas: los derechos hereditarios, los derechos de propiedad ligados al régimen matrimonial, el derecho a una pensión en caso de divorcio, el derecho a intentar una acción por reparación de perjuicios ligados a la muerte del cónyuge y el derecho a no testimoniar entre esposos.

Luego, la Corte Suprema de Hawai admite que el Estado puede tener razones legítimas para limitar el acceso al matrimonio de determinadas personas, como por ejemplo los impedimentos a los consanguíneos para evitar el incesto, o el establecimiento de una edad mínima para proteger a los menores, o el impedimento por razones de enfermedad venérea, fundado en razones de salud pública. No obstante, señala que el derecho del Estado a restringir el acceso al matrimonio se encuentra sujeto a los límites impuestos por las Constituciones federal y del Estado de Hawai. Uno de estos límites es el principio de igualdad reconocido en la enmienda 14 de la Constitución federal.

La Corte entiende que al negar el matrimonio a las personas del mismo sexo en razón de su orientación sexual se impone a los homosexuales una "clasificación en razón del sexo" y, entonces, es necesario examinar si esa clasificación respeta el principio de igualdad ante la ley⁶³.

⁶² Después de la sentencia dictada en "Baher vs. Levin", el Parlamento de Hawai clarificó la ley señalando que la intención del legislador era que el casamiento fuera limitado a la unión de un hombre y una mujer (ERRANTE, Edward, *Le mariage homosexuel aux États-Unis: les arrêts des tribunaux de l'Etat de Hawai et leurs implications au niveau national*, en *Homosexualité et Droit* cit., ps. 293 y ss.).

⁶³ Cabe señalar que la jurisprudencia de la Corte de los Estados Unidos ha establecido que para apreciar si una ley que establece limitaciones entre los ciudadanos es o no inconstitucional el tribunal debe examinar los fines por los cuales esa ley ha

En otras palabras, la Corte afirma que la ley sobre el matrimonio establece una clasificación en razón del sexo, por lo que debe expedirse sobre el nivel de apreciación constitucional aplicable y decide que dado que la clasificación en razón del sexo es una clasificación “sospechosa”, debe examinar la ley con criterio “riguroso”.

La Corte Suprema de Hawai reconoce que la Corte de los Estados Unidos nunca ha calificado las distinciones en razón del sexo como “sospechosas”, y que utiliza un sistema de apreciación menos riguroso, pero considera que ella está autorizada a utilizar otro criterio más estricto, sobre todo porque los demandantes se habían fundado en la Constitución de Hawai, que establece criterios de protección más precisos, y no en la Constitución del Estado federal.

El defensor del Estado de Hawai se había expedido contra la utilización de un criterio de aplicación riguroso que hacía presumir la inconstitucionalidad de la ley, fundado en que la ley que limita el matrimonio entre personas de diferente sexo no puede ser considerada como discriminatoria porque las personas del mismo sexo sean incapaces de casarse, porque por definición el matrimonio es la unión de un hombre y una mujer.

sido adoptada y su razonabilidad. En un primer nivel de apreciación de constitucionalidad que se aplica en general a todas las leyes y que es considerado el menos riguroso, el tribunal examina los fines por los cuales la ley ha sido adoptada a fin de determinar si esos fines son acordes con la Constitución y es el particular quien debe probar que los fines están en desacuerdo con ella.

Un segundo nivel de examen está dado cuando la clasificación creada por la ley es “sospechosa”, en este caso el examen de constitucionalidad es más riguroso. Son clasificadas como “sospechosas”, por ejemplo, las clasificaciones en razón de la raza. Cabe aclarar que la Corte jamás ha considerado sospechosa una distinción en razón del sexo. Si la ley establece una clasificación “sospechosa” se invierte el orden de la prueba y la razonabilidad debe ser probada por el Estado y no carga la prueba de la irrazonabilidad sobre el particular. Ésta es una prueba muy difícil para el Estado y en general la ley que establece diferenciaciones sospechosas es declarada inconstitucional.

Un tercer nivel de apreciación constitucional está situado entre los dos extremos. Este nivel es intermedio y ha sido creado por la Corte de los Estados Unidos para las clasificaciones en razón del sexo, es decir para las distinciones creadas por la ley para los hombres y las mujeres. Para que tal diferenciación sea inconstitucional la Corte de los Estados Unidos exige que el interés que motiva la ley sea “importante” y que el medio creado para realizar ese interés esté esencialmente ligado a la realización de ese interés.

La Corte encontró este análisis tautológico y poco convincente y consideró que eran aplicables las conclusiones del precedente "Loving vs. Virginia". En ese caso, la Corte federal norteamericana había declarado la inconstitucionalidad de una ley del Estado de Virginia que prohibía el casamiento entre blancos y negros, por ser violatoria de la enmienda 14 que establece la igualdad ante la ley, rechazando el argumento del Estado de Virginia según el cual el casamiento interracial atentaba contra la ley natural y contra la voluntad de Dios. Con cita de los fundamentos de la Corte norteamericana, la Corte Suprema de Justicia de Hawai explicó que los magistrados no son expertos en voluntad divina y que el Derecho Constitucional puede decidir que las costumbres cambian en función de las evoluciones del orden social.

El segundo argumento del Estado de Hawai para sostener la constitucionalidad de la ley era que la ley que impide el casamiento a personas del mismo sexo no impone una discriminación en razón del sexo porque se aplica a hombres y a mujeres de forma igualitaria.

La Corte respondió a este argumento citando nuevamente la jurisprudencia del caso "Loving vs. Virginia", en donde el Estado de Virginia defendía la ley de prohibición de casamiento interracial argumentando que la ley no imponía ninguna discriminación porque ella se aplicaba en forma igualitaria a los negros y a los blancos, quienes eran sancionados con igual prohibición. La Corte Suprema de los Estados Unidos rechazó el argumento señalando que el hecho de que la prohibición de casamientos interraciales fueran aplicadas de igual forma para blancos y negros no excluía un examen riguroso de constitucionalidad que obligaba al Estado a demostrar que esta prohibición estaba justificada.

La Corte Suprema de Hawai utilizó el mismo razonamiento y rechazó el argumento del Estado de Hawai según el cual no existía discriminación porque la ley era aplicada por igual a hombres y a mujeres. La Corte de Hawai entendió que la prohibición de matrimonios en razón del sexo establece una clasificación sospechosa que obliga al Estado de Hawai a demostrar el fundamento de la prohibición.

En definitiva, la Corte consideró que la ley se presumía inconstitucional porque contenía una discriminación "sospechosa" y que el Estado de Hawai debía demostrar la razonabilidad de la distinción

para que ella no fuera tenida por inconstitucional en violación del principio de igualdad ante la ley. Y para el examen de constitucionalidad envió la causa al Tribunal de Gran Instancia de Honolulu.

*“Baheer vs. Mike” (Tribunal de Gran Instancia de Honolulu)*⁶⁴

El Tribunal de Gran Instancia de Honolulu examinó el caso de “Baheer” a partir del 10 de septiembre de 1996. En ese proceso, el *Mike*, representante del Estado de Hawai, fundó el impedimento matrimonial de dos personas del mismo sexo, o sea, defendió la constitucionalidad de la ley, con los siguientes argumentos:

- a) La protección de los niños.
- b) La promoción de la procreación dentro del matrimonio.
- c) El reconocimiento de matrimonios celebrados en Hawai por otros Estados.
- d) La preservación del Tesoro público.
- e) La protección de las libertades públicas de otros ciudadanos del Estado de Hawai.

El Tribunal de Gran Instancia concluyó que el Estado de Hawai no había presentado pruebas convincentes sobre el problema del reconocimiento del matrimonio homosexual por otros Estados ni sobre los efectos que el matrimonio de personas del mismo sexo representaba para el Tesoro del Estado de Hawai, ya que sobre este último punto, el Estado no había precisado el impacto que producía sobre las finanzas públicas el reconocimiento del derecho a casarse a los homosexuales, y con relación a su falta de reconocimiento por parte de otros Estado de los EE. UU. sólo había hecho referencia a la adopción por parte del Congreso de la Nación de la Ley de Defensa del Matrimonio, sin ninguna otra explicación.

Sobre la protección de las libertades públicas de otros ciudadanos del Estado de Hawai, el defensor había insistido sobre las ventajas que el matrimonio tradicional aporta a la sociedad y las desventajas que el matrimonio entre personas de igual sexo produciría en la misma,

⁶⁴ La reseña de este fallo es prácticamente la reproducción de la realizada por Errante (ob. cit., p. 293).

sosteniendo que la prostitución, el incesto y la poligamia se acrecentarían si se admitiera el matrimonio entre personas de igual sexo.

El Tribunal de Gran Instancia consideró que las leyes en vigor prohíben la prostitución, el incesto y la poligamia y que estas leyes no eran motivo de revisión ni se alteraban por la aceptación del matrimonio entre homosexuales. Por otra parte, el Tribunal juzgó que el Estado no había probado acabadamente cuáles serían los perjuicios que el reconocimiento del matrimonio entre personas de igual sexo produciría a la sociedad.

El Estado de Hawai había concentrado sus alegaciones sobre la protección de los hijos y la promoción de la procreación dentro de un cuadro matrimonial presentando testimonios de expertos en Psiquiatría y en Psicología.

El primer experto, el doctor Pruett, psiquiatra especialista en desarrollo infantil, aseguró que los padres biológicos tienen una predisposición que facilita la tarea de educar los hijos. Para Pruett, la situación ideal para educar un hijo se da en una familia que comprenda un padre y una madre. Según él, la tarea educativa se torna más difícil si el hijo es adoptado o proviene de una fecundación técnicamente asistida. Pero cuando fue interrogado por los actores el doctor Pruett admitió que los padres solteros, los adoptivos y los homosexuales pueden ser buenos padres y que la orientación sexual de éstos no les impide ejercer correctamente sus deberes paternos.

El segundo experto presentado por el Estado de Hawai, el doctor D. Eggebeen, sociólogo especialista de la demografía familiar y de menores, señaló que el matrimonio es un punto de partida para ser padre y que él es sinónimo de tener hijos.

Cuando fue interrogado por la defensa, el doctor Eggebeen admitió que hay individuos que se casan sin la capacidad ni la intención de tener hijos, que esta falta de intención o de capacidad reproductiva no atenta contra el matrimonio, y que el matrimonio no se encuentra prohibido para quienes no puedan o no quieran tener hijos.

Aunque los actores no tenían la carga de la prueba, también presentaron testimonios de expertos. Entre ellos la Corte valoró expresamente el testimonio de la doctora Schwartz, una socióloga especialista

en el ámbito del matrimonio y de la familia, y del doctor Brodzinski, psicólogo especializado en el desarrollo infantil, en especial de los hijos criados por padres no biológicos.

La doctora Schwartz declaró que el elemento más importante para la educación de los niños es el amor y no el nexo biológico. Ella aseguró que no hay ninguna razón ligada al desarrollo óptimo de los niños que justifique la prohibición del matrimonio homosexual, ni existe razón alguna que permita considerar que la autorización a contraer matrimonio a personas de igual sexo produciría un debilitamiento de la institución matrimonial; muy por el contrario, considera que el reconocimiento contribuirá al fortalecimiento de la institución matrimonial.

El doctor Brodzinski también entendió que el criterio principal para ser buenos padres es el nexo amoroso y no el criterio biológico, y que la orientación sexual de una persona no le impide ser buen padre. Según él no hay ninguna razón ligada al buen desarrollo del niño que justifique la prohibición del casamiento homosexual.

Después de haber evaluado los testimonios y pruebas presentadas por las partes el tribunal de Gran Instancia arribó a la siguiente conclusión: El Estado de Hawai no había presentado pruebas concluyente sobre su alegación según la cual el bienestar de los niños y de las familias sería afectado por el matrimonio de personas de igual sexo. El Tribunal de Gran Instancia consideró que el factor más importante para el desarrollo de los menores era el amor y que las parejas de igual sexo podían otorgar a los niños el amor suficiente para su correcto desenvolvimiento, además de entender que la preferencia sexual no les impedía ser buenos padres.

En definitiva, el Tribunal de Gran Instancia de Honolulu sentenció que de acuerdo a la calificación de constitucionalidad por él realizada, la ley que prohibía el casamiento entre dos personas de igual sexo se presumía inconstitucional y era a cargo del Estado demostrar los fundamentos que justificaban el interés estatal para prohibir el casamiento entre homosexuales; como no los había demostrado, la ley era inconstitucional.

Las reacciones del Parlamento de Hawai

Después de la primera decisión de la Corte Suprema, el Estado de

Hawai aclaró el 22 de junio de 1994 la ley de matrimonio señalando que el matrimonio era la unión de dos personas de igual sexo, no obstante lo cual el Tribunal de Gran Instancia declaró la inconstitucionalidad de la ley.

En 1997, después de la decisión del Tribunal de Gran Instancia que declaraba la inconstitucionalidad de la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo, el parlamento del Estado de Hawai volvió a reaccionar en razón de una encuesta que revelaba que el 70% de los habitantes de Hawai eran contrarios al matrimonio entre personas de igual sexo, y el Parlamento dictó una ley por la cual reservó el matrimonio a personas de diferente sexo y para paliar los efectos contrarios de esta ley se otorgaron algunos derechos a las personas que en razón de su igualdad sexual no podían casarse; estos derechos fueron otorgados, sobre todo, en el ámbito de los derechos de la seguridad social y de los derechos hereditarios⁶⁵.

Concretamente la legislación fue conocida como Reciprocal Beneficiaries y en algunos aspectos concede iguales beneficios a los miembros de las parejas de hecho homosexuales que los que poseen las parejas matrimoniales.

Estos derechos pueden ser divididos en dos grupos, a saber:

Derechos de valor intangible:

- Derechos de visita en los hospitales como los que gozan los cónyuges.
- Derecho a tomar decisiones médicas en iguales casos que los cónyuges.
- Derecho a tomar decisiones sobre el cuerpo del difunto en iguales circunstancias que los esposos.
- Derecho a la información en caso de que la pareja homosexual sea internada por problemas psiquiátricos.

Derechos de valor tangible:

- Iguales derechos hereditarios que los conyugales.
- Iguales descuentos para los seguros de salud que los otorgados a las parejas matrimoniales.

⁶⁵ En la actualidad esta ley se encuentra en revisión y se propone una legislación similar a la de Vermont.

- Iguales beneficios en el área de los seguros de pensión para trabajadores estatales que los otorgados a parejas matrimoniales.
- Iguales beneficios para muertes por accidentes de trabajos que los dados a los cónyuges.
- Legitimación para reclamar daños y perjuicios por la muerte.

B) *Jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos*

*"Evan vs. Romer"*⁶⁶

Algunas ciudades del Estado de Colorado habían dictado ordenanzas que prohibían todo tipo de discriminación basada en la orientación sexual de las parejas. Ellas provocaron un debate público que finalizó con un referéndum popular que produjo una reforma constitucional avalada por el 53% de los votos.

La reforma de la Constitución de Colorado introducida por este referéndum incorporó la enmienda 2ª que decía: "no existe un status protegido basado en una orientación homosexual, lesbiana o bisexual. El Estado de Colorado por medio de cualquiera de sus ramas o departamentos, ni ninguna de sus agencias, subagencias o divisiones públicas municipales o escuelas de distrito, sancionará ley, regulación u ordenanza o política alguna por medio de las cuales la orientación o conducta homosexual, lesbiana o bisexual constituya o sea el fundamento o título de cualquier persona o clase de persona para reclamar un status especialmente protegido o de minoría, ni para exigir cuotas especiales, ni reclamos antidiscriminatorios".

En suma, la enmienda afirma que la orientación sexual no es una categoría que justifique dictar medidas de acciones positivas.

Al poco tiempo de la sanción fue planteada su inconstitucionalidad por personas privadas y por asociaciones de defensas de los homosexuales; el juicio fue sustanciado contra el gobernador de Colorado,

⁶⁶ La reseña de este fallo será tomada del trabajo de LEGARRE, Santiago, *Orientación sexual y Derecho*, publ. en E. D. 168-1123, y del trabajo de KEMELMAJER DE CARLUCCI, *Derecho y homosexualidad en el Derecho Comparado* cit., en especial punto 5, *Un fallo de la Corte federal norteamericana cuyos efectos son aún impredecibles ("Romer vs. Evan")*, 20-5-96, p. 203.

Roy Romer, quien, paradójicamente, en su campaña electoral se había pronunciado en contra de la incorporación de la enmienda.

Los demandantes sostuvieron que la enmienda los sometía a un riesgo probable de discriminación fundado en la orientación sexual.

Los demandados afirmaban que existía un interés estatal especial y que la enmienda 2ª se limitaba a lo mínimo para tutelarlos, sin excederse en perjuicio de los homosexuales. Por otra parte, agregaron que lo que la enmienda hacía era poner a los *gays* en pie de igualdad ante la ley con el resto de los habitantes de la nación, al negarles derechos especiales derivados de su orientación sexual, y, simultáneamente, permitía reservar recursos para combatir la discriminación que injustamente sufren otros grupos. Finalmente, alegaron que la enmienda protege la libertad de los ciudadanos, sobre todo en el empleo, para permitir que aquellos que tuvieran objeciones en contra de la homosexualidad no se vieran obligados a tomar empleados de esa orientación sexual.

En primera instancia se hizo lugar a la demanda; la sentencia fue confirmada en segunda instancia, motivo por el cual el Estado de Colorado planteó un *writ of certiorary* ante la Corte Suprema de los Estados Unidos, que se caratuló con el nombre del Gobernador de Colorado; por eso el precedente se conoce como "Romer vs. Evan".

La Corte Suprema de los EE. UU. declaró la inconstitucionalidad de la enmienda 2ª de la Constitución de Colorado; entendió que la enmienda no se limita a poner a los homosexuales en un pie de igualdad con los restantes habitantes de Colorado, sino que despoja a los homosexuales de las leyes que prohíben las discriminaciones arbitrarias, como por ejemplo las leyes que prohíben la discriminación en el empleo público en base a la orientación sexual del candidato.

El segundo argumento utilizado por la Corte para declarar la inconstitucionalidad de la enmienda 2ª de la Constitución de Colorado es el relativo a la violación al derecho de igualdad. La Corte señaló que es jurisprudencia pacífica del tribunal que el derecho a la igualdad ante la ley tutelado por la enmienda 14 de la Constitución Nacional no resulta sustancialmente agraviado cuando una norma distingue o clasifica a un grupo en particular, siempre y cuando la desigualdad creada guarde una razonable relación con el propósito legislativo. Entiende que la enmienda 2ª de la Constitución de Colorado no es

justificable porque encierra una discriminación contra un grupo impopular, sin justificación fáctica alguna⁶⁷.

La minoría, en cambio, sostuvo que el caso “Hardwick” declaró la constitucionalidad de una ley que sanciona las conductas homosexuales, y que resulta contradictorio con este precedente la declaración de inconstitucionalidad de la enmienda 2ª de la Constitución de Colorado, que es mucho menos limitativa y sancionadora.

También afirmó que la eventual desincriminación de la conducta homosexual no supone necesariamente el abandono por parte de la sociedad de una actitud desaprobatoria, y que no se puede pretender mezclar tolerancia con plena aceptación social.

Finalmente, señaló que la mayoría no había respetado una decisión popular adoptada por un mecanismo democrático que trasunta el esfuerzo por conservar los valores morales tradicionalmente norteamericanos y de este modo ha impuesto a la comunidad el criterio de una elite, la de los abogados, de entre los cuales son elegidos los miembros del tribunal, sobre un tema discutido en la arena política; de este modo, ha tomado partido en una *Kulturkampf*, y lo ha hecho en contra de quienes intentan evitar que se trastruquen los valores morales en materia sexual.

“Hardwick vs. Bower”

Resulta imposible abordar el tema de la homosexualidad sin hacer referencia al *leading case* de la Corte Suprema de los EE. UU., “Hardwick vs. Bower”, que si bien abordó un tema penal, ajeno a nuestra tesis, realizó precisiones sobre la homosexualidad y su valoración que nos parece importante destacar.

*Antecedentes de hecho*⁶⁸

En el año 1982, en el barrio de Virginia Highland de Atlanta, Georgia,

⁶⁷ Un comentario a este fallo con extensas referencias a lo sostenido por cada uno de los jueces de la Corte norteamericana puede verse en *Discrimination based on sexual orientation. Jurisprudence the Supreme Court*, en *Harvard Law Review*, vol. 110, 1996, N° 1, ps. 155 y ss.

⁶⁸ La reseña de este precedente ha sido tomada mayormente del libro de IRONS, Peter, *El coraje de sus convicciones. Dieciséis norteamericanos que lucharon para llegar a la Corte Suprema*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, ps. 460 y ss.

Michael Hardwick cometió una infracción en la vía pública por tener una botella de cerveza abierta, enfrente del bar en que trabajaba; como no se presentó a los tribunales, un inspector de policía llamado Torick fue a su domicilio con una orden de arresto e ingresó a la casa de Hardwick engañando a uno de los habitantes de la misma. La puerta del dormitorio de Hardwick estaba abierta y lo vio en la cama con otro hombre, a la sazón su pareja. Por tal motivo arrestó a Hardwick por el delito de sodomía; Torick nunca notificó a Hardwick la orden judicial.

Al día siguiente, Hardwick pudo pagar la multa y salir en libertad, y decidió iniciar una lucha judicial en busca de la inconstitucionalidad de la ley en cuestión. Para ello, necesitaba que lo condenaran por el delito de sodomía, pero el fiscal de distrito ordenó el archivo de las actuaciones, seguramente por la irregularidad del procedimiento en que Hardwick había sido detenido. No obstante, Hardwick continuó la lucha y juntamente con una pareja casada heterosexual, llamados John y Mary Doe, plantearon una demanda por inconstitucionalidad de la ley porque era contraria al derecho a la intimidad, a la libertad de expresión y de asociación.

La ley cuya anulación pretendían había sido promulgada en 1816, y establecía que “una persona comete delito de sodomía cuando realiza o accede a cualquier acto sexual que compromete los órganos sexuales de una persona y la boca o el ano de otra”⁶⁹.

Esta ley se aplica tanto a las personas casadas como a las solteras, tanto a los homosexuales como a los heterosexuales; por eso, el planteo de inconstitucionalidad fue realizado por un matrimonio y por un homosexual.

En primera instancia, el juez Hall, siguiendo el precedente de la Corte caratulada “Doe vs. El abogado del Commonwealth” resolvió

⁶⁹ “Hasta el año 1961, los cincuenta Estados de los Estados Unidos mantenían la ilegalidad de la sodomía. Las presiones por liberalizar estas leyes surgieron en primer lugar de grupos jurídicos, médicos y de asistencia social. El Instituto de Derechos Norteamericanos, entidad impecablemente conservadora formada por abogados de la clase dirigente, exhortó a las legislaturas estatales, a fines de la década de 1950, a promulgar un Código Penal Modelo que despenalizara la conducta sexual consensual adulta y privada. Illinois fue el primer Estado que adoptó el Código del Instituto en 1961” (IRONS, ob. cit., ps. 464, y 465 y ss.).

que las leyes sobre la intimidad no protegen las conductas homosexuales; según el citado precedente, este derecho era otorgado a las relaciones maritales o familiares que los Estados hubieran aprobado legalmente, y como el comportamiento homosexual no es una parte del matrimonio, de la vida del hogar o de la familia, el Estado de Virginia podía condenar la sodomía a fin de promover la moral y la decencia.

Por otra parte, el juez Hall desestimó la demanda de John y Mary Doe porque el fiscal de distrito no los había amenazado con iniciarles una acción judicial; por lo tanto, consideró que John y Mary Doe no corrían ningún peligro inmediato de sufrir perjuicio directo como resultado de la aplicación de la ley.

Hardwick apeló ante la Corte de Atlanta, ésta hizo lugar a la demanda de Hardwick y declaró que la conducta sexual, privada y consensual, entre adultos estaba protegida frente a cualquier penalidad. El voto de la mayoría encabezado por el juez Johnson declaró que las asociaciones íntimas basadas en el consentimiento y el afecto se hallan cubiertas por el manto de la intimidad.

Las autoridades de Georgia reaccionaron frente a esta decisión y solicitaron a la Corte Suprema que revocara su fallo.

Ente los numerosos *amicus curiae* que presentaron informe frente a la Corte, los más importantes fueron los de la Asociación Norteamericana de Psicología y de la Asociación Norteamericana de Salud Pública, muy similar al Informe Brandeis. Lo más trascendente de estos informes fue señalar que el 80% de las parejas casadas practican el sexo anal y oral prohibido por el Estado de Georgia, y que el 95% de los hombres norteamericanos ha practicado este tipo de sexo prohibido. Por otra parte, en ambos informes se afirma que el delito de sodomía no contribuye a la lucha contra el sida, porque la amenaza de un procedimiento penal en la realidad perjudica el esfuerzo para garantizar la salud pública al sumergir la enfermedad en niveles donde su estudio se torna difícil al obstaculizar el flujo de información preventiva entre los expertos de la salud pública y la población de riesgo⁷⁰.

⁷⁰ Éste fue el criterio seguido por la Corte de Derechos Humanos de Europa en el caso "Dudgeon vs. United Kingdom", donde se sostuvo que la penalización de las relaciones homosexuales no es un elemento que contribuya a debilitar la voluntad de

La apelación del Estado de Georgia llegó a la Corte de los EE. UU. en el año 1986 y fue planteada por el procurador general Bowers en los siguientes términos: *¿existe un derecho fundamental amparado por la Constitución de los Estados Unidos para participar en un acto de sodomía homosexual y privado?*

El fiscal Bowers sostuvo que suprimir el delito de sodomía abriría la caja de Pandora y daría lugar a pedidos de supresión de las leyes que prohíben la poligamia, el incesto consensual, la fornicación y el adulterio. Además, sugirió un vínculo entre la lucha contra el sida y la sanción del delito de sodomía, pero omitió considerar que la ley se había promulgado ciento cincuenta años antes de que el virus del sida fuera descubierto, motivo por el cual mal podía considerarse que la intención del legislador, al sancionar el delito de sodomía, tuviera vinculación alguna con la lucha contra el sida.

El abogado de la defensa fue el profesor Tribe, profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Harvard, considerado uno de los mejores constitucionalistas de los EE. UU. Tribe sostuvo que la demanda no tenía nada que ver con el incesto, la poligamia o el adulterio, sino que se trataba de determinar el límite de los poderes estatales frente a la intimidad de una persona, y concretamente de establecer la manera en que cada persona adulta, casada o soltera, debe comportarse en la íntima relación con otro adulto.

Tribe puso de resalto que las habitaciones de las casas tienen una protección constitucional muy importante frente a la invasión policial y enfatizó el derecho a la privacidad de las personas.

El 30 de junio de 1986 la Corte Suprema se expidió por la constitucionalidad de la ley de Georgia. El juez White sostuvo que el derecho a la intimidad que garantizaba las relaciones familiares, de procreación o matrimonial no era extensivo a los homosexuales, fundándose en la tradición de considerar el delito de sodomía como infame falta contra la naturaleza.

quienes realizan actos sexuales promiscuos que faciliten el sida. En "Dudgeon" la Corte estableció que toda ley que sanciona la homosexualidad viola el derecho a la vida privada que viola el derecho a la vida. Citado por CLAPHAM, A. y WEILER, J., *Lesbian and gay men in the European Community legal order*, en *Homosexuality: an European Community Issue*, Martinus Nijoff, London, 1993, p. 45.

La minoría, representada por el voto de Harry Balckmun, consideró: “Solamente la ceguera más absoluta puede oscurecer el hecho de que la intimidad sexual resulta central para la salud de las relaciones personales de todo tipo”; “un corolario básico de la libertad conlleva a aceptar el hecho de que diferentes personas pueden realizar diferentes elecciones”.

Por otra parte, la minoría recordó que los preceptos bíblicos citados por la mayoría para justificar la sanción de la sodomía también fueron utilizados para justificar las leyes antirraciales, afortunadamente ahora derogadas.

A los fines de nuestro estudio, subrayamos las conclusiones de la minoría que ponen el acento en que la elección libre de personas adultas y capaces sobre la forma como se comportarán sexualmente en su vida privada no afecta el sentimiento de la moral general y queda reservado a Dios, debiendo las leyes humanas limitarse a respetar el derecho a la intimidad de todas las personas.

También rescatamos las conclusiones del informe de la Asociación Norteamericana de Psicología y de la Asociación Norteamericana de Salud Pública en el sentido de que el 80% de las parejas practican sexo anal u oral. Ponemos de resalto que los actos homosexuales son considerados antinaturales por la utilización de elementos del cuerpo que no están destinados para el sexo, como la boca o el ano. Sin embargo, no sólo los homosexuales realizan estas prácticas sexuales ya que, como lo señala el informe de la Asociación Norteamericana de Psicología, también son realizadas por las parejas casadas, sin que por ello se lo considere inmoral.

4. *Jurisprudencia alemana*⁷¹

A) *Sentencia de la Corte Constitucional en el caso del transexual*

En 1978 la Corte Constitucional alemana dictó una sentencia en el caso de un hombre que se había sometido a una operación quirúrgica de cambio de sexo. El transexual pretendía el cambio de nombre, de-

⁷¹ Los fallos alemanes han sido tomados de las reseñas que de ellos hizo LÖSING, *¿Discriminación o diferenciación? Los derechos humanos en las parejas del mismo sexo* cit., ps. 126 y ss.

negado en las instancias inferiores; las sentencias denegatorias aducían, entre otras consideraciones, que el cambio de nombre le permitiría el casamiento y que ello violaría el sentimiento moral de la sociedad; señalaban que el fin del matrimonio es la procreación y que permitir el casamiento de personas de igual sexo iría en contra de los fines del matrimonio.

La Corte Constitucional rechazó el argumento de la moralidad; señaló que el casamiento de un transexual mujer que anteriormente había sido hombre con otro hombre no violaba las leyes morales. Reconoció que un matrimonio de esta clase podía provocar repudio y desaprobación en la sociedad, pero que ello no era suficiente para denegar el derecho a casarse. También despreció el argumento de que uno de los fines del matrimonio es la procreación señalando que no existe impedimento alguno para contraer matrimonio entre personas que no pueden procrear.

Aparentemente, esta sentencia abría el camino para el reconocimiento de los matrimonios entre personas de igual sexo, sobre todo porque en otras sentencias se había afirmado que la homosexualidad no era inmoral. En tal senda fue dictada la sentencia del Juzgado de 1ª instancia de Franckfurt en el año 1992, que a continuación analizamos.

*B) Juzgado de 1ª instancia de Franckfurt,
del 21 de diciembre de 1992⁷²*

En Alemania, la ley civil no prohíbe expresamente el matrimonio entre personas de igual sexo; ante la inexistencia de prohibición expresa, dos hombres que pretendían contraer matrimonio solicitaron la publicación de las proclamas nupciales ante el Registro Civil de Franckfurt, que les fue denegada; por tal motivo, recurrieron ante el juez de primera instancia, solicitando que se ordenara al funcionario que publicara las proclamas y casara a los peticionantes.

La demanda fue aceptada; el magistrado interviniente estimó que una interpretación de la legislación sobre matrimonio y estado civil,

⁷² El fallo se encuentra publicado en E. D. 164-719, con nota de BIDART CAMPOS, Germán, *Matrimonio y unión entre personas del mismo sexo*.

conforme a la Constitución, otorga a los homosexuales el derecho a contraer matrimonio y, consecuentemente, la identidad sexual no constituye obstáculo para la celebración.

El juez señaló que ni en la Ley Fundamental, ni en el Código Civil, ni en la Ley de Matrimonio se define al matrimonio ni se incluye la diferencia de sexos como uno de los requisitos o impedimentos para celebrarlo; además, puso de relieve que aunque tradicionalmente se ha interpretado el matrimonio como la unión de un hombre y una mujer, esta interpretación tradicional es contraria a normas expresas de la Constitución, sobre todo las de libre desarrollo de la personalidad, principio de la igualdad y libertad de matrimonio.

Por otra parte, puso de relieve que el artículo 6, punto I, de la Ley Fundamental otorga a toda persona la libertad de contraer matrimonio con otra persona libremente elegida. Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la libertad de matrimonio protege el ámbito más íntimo de la realización vital. Por eso, el Estado no está habilitado para frustrar el desarrollo de una comunidad de vida a menos que esté justificado en un interés reconocidamente más valioso; en el caso, el tribunal entendió que no existe ningún interés jurídicamente más valioso que justifique que las personas de igual sexo no sean libres de elegir casarse entre sí.

El sentenciante estimó que la concepción tradicional del concepto de matrimonio es contraria al principio de igualdad de raigambre constitucional, que prohíbe un tratamiento discriminatorio fundado exclusivamente en razón del sexo del afectado. De este tratamiento desigualitario surge para el afectado un determinado número de inconvenientes inaceptables, por ejemplo en materia de derecho a los alimentos, derechos sucesorios y a negarse a ser testigo. El hecho de que tal situación sea experimentada por los afectados como una carga y una discriminación queda demostrado por el intento de alcanzar el vínculo familiar a través de rodeos como la solicitud de adopción de mayores de edad.

Asimismo, consideró que la interpretación tradicional del matrimonio es contraria al derecho general de la personalidad, el cual comprende el derecho de convivir en comunidad de vida con una pareja del mismo sexo.

Además, el sentenciante puso de relieve que dado que la Corte ha aceptado el casamiento entre un hombre y un transexual originariamente hombre y transformado en mujer, ha roto con el concepto tradicional de matrimonio como unión de hombre y mujer, y si es admisible el matrimonio entre un hombre y un transexual originalmente masculino, no es admisible prohibir el matrimonio entre dos hombres, en razón del principio de igualdad y de no discriminación por las preferencias sexuales.

Advertimos cómo el camino abierto por el precedente de la Corte Constitucional alemana fue seguido por tribunales inferiores alemanes, lo que dio origen a un nuevo precedente de la Corte Constitucional expresamente referido al matrimonio homosexual, que a continuación referenciamos.

C) *Sentencia de la Corte Constitucional de 1993*

En 1993 la Corte Constitucional alemana se expidió expresamente sobre el derecho a casarse de las parejas homosexuales; en esta oportunidad señaló que formar una pareja homosexual no es contrario a la moral actual, pero el trato legal diferenciado entre parejas homosexuales y heterosexuales en relación al casamiento tiene justificación porque la relación homosexual no es comparable con la heterosexual dado que no es adecuada para la reproducción de la población.

El matrimonio encuentra apoyo y protección en la Constitución, especialmente para ofrecer una consolidación legal y seguridad a los esposos para formar una familia con hijos comunes. La Corte añadió: “se favorece a una relación que en el caso normal, en principio, sea capaz de tener hijos. Es por ello irrelevante que algunos matrimonios se contraigan sin la intención de tener hijos, ya sea voluntaria o involuntariamente”.

Con esta sentencia la Corte rechazó el criterio del tribunal de Franckfurt del año 1992, e interpretó que la sentencia de 1978 relativa a la inscripción del cambio de sexo no ha abierto el camino para entender que el matrimonio es una institución a la que pueden acceder seres de idéntico sexo.

En el año 1997 la Corte Suprema en lo Contencioso Administrativo adhirió a la jurisprudencia de la Corte Constitucional e indicó que

merced al principio de respeto a la vida privada las personas de igual sexo tienen derecho a formar y vivir en pareja, pero que su disimilitud con las uniones de sexo opuesto justifica el trato diferenciado dado a las dos uniones en orden a la posibilidad de acceder al matrimonio.

De estos precedentes puede extraerse como conclusión que para la Corte Constitucional alemana y para la Corte Suprema en lo Contencioso Administrativo la prohibición de contraer matrimonio para los homosexuales constituye una diferenciación en razón del sexo que se encuentra justificada por la comprensión del término matrimonio que tuvo en mente el legislador y que es compartido por la mayoría de la sociedad actual.

5. Jurisprudencia española

El Tribunal Constitucional español ha abordado el tema de las uniones de hecho homosexuales en dos sentencias, una relativa a la continuidad de los arrendamientos urbanos, y otra en el ámbito de la seguridad social; sus soluciones aparecen, en principio, contradictorias.

A) *Auto del Tribunal Constitucional 47-1993*

En España, la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 no permitía la continuación de la locación por el conviviente *more uxorio*, ya que esta facultad sólo estaba otorgada al cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos.

Sin embargo, en el ámbito jurisprudencial, la Audiencia Provincial de Madrid, en sentencia del 23 de junio de 1986, reconoció el derecho de subrogación en favor de la conviviente *more uxorio* que había convivido más de diez años con el locatario.

Por su parte, el Tribunal Constitucional español, el 12 de noviembre de 1992, declaró inconstitucional el artículo 58 de la Ley de Arrendamientos Urbanos en cuanto excluye del beneficio de la subrogación mortis causa al que hubiere convivido en forma marital y estable con el arrendatario fallecido. Dijo que la protección de la familia es el fundamento constitucional de la subrogación prevista por la Ley de Arrendamientos Urbanos, aunque no existan hijos o descendientes de la pareja; que la protección a la familia no implica la protección de un concreto tipo de familia, en este caso la matrimonial, y que no hay

razón para distinguir la protección de la vivienda entre uniones matrimoniales y extramatrimoniales, pues es evidente que la ley ha querido proteger la convivencia (dato fáctico) y no el vínculo conyugal (dato jurídico), porque da derecho a subrogarse al cónyuge sólo si es conviviente.

En el año 1993 estimó que “en correspondencia con el pluralismo” de opciones personales existentes en la sociedad española y la preeminencia que posee el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1, CE), la Constitución no sólo protege la familia que se constituye mediante el matrimonio –aunque a ésta se la proteja especialmente (STC 45-1989)– sino también a la familia como realidad social, entendida por tal la que se constituye “voluntariamente mediante la unión de hecho efectiva y estable de una pareja”, y dado que el mandato de protección a la familia del artículo 39.1 de la Constitución española constituye “el fundamento constitucional sobrevenido del derecho de subrogación mortis causa del artículo 581 de la Ley de Arrendamientos Urbanos”, declaró la inconstitucionalidad de dicho precepto, en cuanto excluía “del beneficio de la subrogación mortis causa al conviviente homosexual que hubiera convivido de modo marital y estable con el arrendatario fallecido”⁷³.

B) *Auto del Tribunal Constitucional 222-1994*

Más importante a los fines de nuestro estudio resulta la sentencia del Tribunal Constitucional español del 11 de julio de 1994; se trataba

⁷³ Ya Bercovitz-Rodríguez Cano (*Las parejas de hecho*, en *Aranzadi Civil*, Nº 1, septiembre de 1992, p. 26) constataba que la jurisprudencia constitucional en materia de arrendamientos urbanos dejaba abierta la puerta a una extensión del viejo artículo 58.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 a las parejas de hecho homosexuales. DE VERDA Y BEAMONTE, *Principio de libre desarrollo de la personalidad...* cit., ps. 684 y ss.; ANDREU MARTÍNEZ, Belén, *Unión de hecho y vivienda: estudio jurisprudencial sobre cuestiones de titularidad*, en *Uniones de hecho...* cit., p. 115; CAMUS VICTORIA, Ignacio, *La regulación de la unión extramatrimonial y su incidencia en el ámbito de la seguridad social*, en *Uniones de hecho...* cit., p. 163; MORENO GENER, ROMERO BURILLO y PARDELL VEA, *La protección social del miembro superviviente en las uniones de hecho...* cit., p. 383; POLO SABAU, José Ramón, *La equiparación al matrimonio de las uniones de hecho. Paradojas y contrasentidos desde una perspectiva jurídica*, en *Uniones de hecho...* cit., p. 415.

de un conviviente homosexual que a la muerte de su compañero reclamaba la pensión de viudez que, en general, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español había negado a las parejas heterosexuales con fundamento en que si no se casaban porque no querían el Estado no tenía por qué reconocerles iguales derechos que a quienes se casaban. En este caso, el homosexual sobreviviente planteó que él no se había casado porque las leyes civiles le impedían hacerlo, y que éstas eran inconstitucionales porque vulneraban su derecho humano a contraer matrimonio contemplado por el artículo 10 del Tratado de Derechos Humanos de Europa. Por otro lado, afirmaba que la limitación para contraer matrimonio por imperativo legal con otra persona del mismo sexo supone una infracción del principio de igualdad, dado que la homosexualidad y el transexualismo son realidades sociales aceptadas en el ámbito de la Constitución por apreciación del libre desarrollo de la personalidad.

El Tribunal Constitucional desestimó el recurso y al argumento de que “la limitación para contraer matrimonio por imperativo legal con persona del mismo sexo supone una infracción del principio de igualdad” respondió: la “plena constitucionalidad del principio heterosexual como calificado del vínculo matrimonial, tal y como prevé nuestro Código Civil, se apoya en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha sostenido que no permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo no implica violación del artículo 12 del Convenio de Roma, que al garantizar el derecho a casarse se refiere al concepto tradicional de matrimonio entre dos personas de distinto sexo, y que todo depende de la facultad que tienen los Estados contratantes de regular mediante leyes el ejercicio del derecho a casarse”⁷⁴.

Advertimos que el Tribunal Constitucional español no trató el tema del libre desarrollo de la personalidad en relación con el *ius connubii*, que fue el fundamento dado para extender los beneficios de la continuación de las locaciones urbanas en caso de muerte del locador, se-

⁷⁴ DE VERDA Y BEAMONTE, *Principio de libre desarrollo de la personalidad...* cit., ps. 684 y ss.; ARECES PIÑOL, Teresa, *Las uniones de hecho. Evolución jurisprudencial de los votos particulares en las sentencias del Tribunal Constitucional*, en *Uniones de hecho...* cit., p. 129.

guramente porque las consecuencias económicas en uno y otro caso son muy distintas según se trate de pensiones de seguridad que deben ser soportadas por el Estado y de arrendamientos urbanos, supuesto este último en el cual es el arrendador quien debe soportar el perjuicio económico resultante de la subrogación a favor del conviviente *more uxorio*⁷⁵.

III. Proyecto de ley argentino

En nuestro país las dos asociaciones homosexuales existentes presentaron un proyecto de ley bajo el título “Ley de Partenariado”. Proponen el neologismo *partenariato*, derivado del sustantivo común *partener*, españolización del inglés *partner* y del francés *partenaire*. *Partner* porque entienden que el neologismo *partener* tiene las ventajas de tener terminación genérica neutra, como cónyuge y conviviente, y además carecer del estigma y la connotación polémica de los vocablos “concubino o conviviente”.

Consideran que hacen falta nuevos términos que ayuden a construir un marco regulatorio para relaciones interpersonales sexo-afectivas entre adultos y que permitan formalizar su unión en el Registro Civil, usando un léxico que no suscite oposición emocional. Por ello a la ley la denominan “Ley de Partenariado”.

El objeto de la Ley de Partenariado es regular las uniones de parejas del mismo sexo, sin equipararlas ni al matrimonio ni al concubinato.

En tal sentido el proyecto conceptualiza el *partenariato* como la figura legal apta para la regulación de uniones de parejas homosexuales, y a los efectos de la ley a los miembros de la pareja se los denominará *parteneres*.

Se consideran como impedimentos para constituir un partenariado, además de los establecidos en el artículo 166 del Código Civil, el tener un partenariado registrado, y ser menor de edad.

⁷⁵ DE VERDA Y BEAMONTE, *Principio de libre desarrollo de la personalidad...* cit., p. 692.

El partenariado debe registrarse en la Oficina de Registros del Estado Civil y Capacidad de las Personas, al igual que su disolución.

Establecen que los miembros de la pareja se deben mutuamente asistencia y alimentos y que deben convivir en el lugar que fijen de común acuerdo.

Proponen como régimen patrimonial del partenariado el régimen de comunidad de bienes y ganancias, pero permiten optar mediante convenciones por el régimen de separación de bienes.

Propugnan que el partenariado se disuelva por la muerte de uno de los parteneres, por declaración judicial de ausente, por la cancelación voluntaria o por sentencia judicial.

En el orden sucesorio el partener sobreviviente queda equiparado a la viuda o viudo.

Con relación a la seguridad social se prevé que el partener tendrá derecho a la pensión por fallecimiento, a la obra social, a las asignaciones familiares y al régimen de licencias especiales.

Para una mejor comprensión del sistema proyectado creemos conveniente compararlo con la ley de PAC y con la ley catalana.

	Proyecto Ley de Partenariado (Arg.)	Ley de Cataluña	PAC (Francia)
<i>A quién se aplica la norma</i>	Parejas estables de homosexuales	Parejas homosexuales y heterosexuales	Uniones de hecho homosexuales y heterosexuales
<i>Quiénes la pueden celebrar</i>	Mayores, sin vínculos de parentesco y consanguinidad o adopción en línea recta colateral en 1º y 2º grado, ni vínculo matrimonial previo, ni tener un partenariado registrado	Igual que en el proyecto argentino. Además, uno de los celebrantes debe estar empadronado en Cataluña	Igual que en el proyecto argentino, además no deben estar bajo otro pacto de solidaridad

	Proyecto Ley de Partenariato (Arg.)	Ley de Cataluña	PAC (Francia)
<i>Forma de la celebración</i>	Por acta	Ante escribano público	Por contrato que debe inscribirse
<i>Forma de la registración</i>	Ante oficial público del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas	Por presentación conjunta ante escribano público	Declaración conjunta en secretaría del tribunal de instancia competente
<i>Requisito de domicilio, residencia o nacionalidad</i>	No está aclarado	Uno de ellos debe estar empadronado en Cataluña	Uno debe ser de nacionalidad francesa
<i>Responsabilidad por deudas frente a terceros</i>	Cada uno responde únicamente por las deudas del otro con los frutos de los bienes gananciales cuando fueron hechas por gastos de mantenimiento del hogar, siempre que no hubieran pactado el régimen de separación	Solidaria por gastos de mantenimiento comunes si son adecuados	Solidaria por gastos comunes o de mantenimiento
<i>Disposición de la vivienda común</i>	Con consentimiento para disponer o gravar bienes gananciales cuando sean inmuebles	Con consentimiento del otro o autorización judicial	Salvo estipulación en contrario es un bien indiviso

	Proyecto Ley de Partenariato (Arg.)	Ley de Cataluña	PAC (Francia)
<i>Efectos patrimoniales entre los integrantes de la unión</i>	Régimen de bienes gananciales, salvo convención por el régimen de separación	Pueden regularlo libremente. Conservan el dominio, disfrute y administración de los bienes	Pueden ser pactados libremente en el contrato
<i>Efectos personales entre los integrantes de la unión</i>	Se deben asistencia y alimentos mutuamente	Regulación libre. Ambos deben contribuir al mantenimiento de la casa y gastos comunes proporcionalmente a sus ingresos	Ayuda mutua y material
<i>Derechos sucesorios</i>	Igual que la viuda o viudo	Acción personal cuando carezca de medios suficientes para su propio sustento, en concurrencia con descendientes o ascendientes, si no los hay en concurrencia con los colaterales hasta el 2º grado de consanguinidad o adopción	No otorga derechos sucesorios
<i>Adopción</i>	No	No	No
<i>Acceso a las técnicas de fecundación asistida</i>	No existe regulación	No para homosexuales	No para homosexuales

	Proyecto Ley de Partenariato (Arg.)	Ley de Cataluña	PAC (Francia)
<i>Compensación económica a la disolución</i>	No se prevé, se remite a los arts. 207, incs. 1º, 2º, 3º, 4º, 5º; 208, 209 y 211 del Cód. Civ.	Sí, si hubo desigualdad que implique enriquecimiento injusto	Reparación por daño, liquidación de los derechos y obligaciones
<i>Alimentos</i>	Sí	Obligación con preferencia	No
<i>Derechos impositivos</i>	No está tratado	No está tratado	Tributan conjuntamente para el impuesto a las ganancias, tributan menos impuestos a la transmisión gratuita de bienes y a las donaciones

IV. Conclusiones

1. Ninguna legislación de las analizadas otorga a las personas del mismo sexo el derecho a casarse. Las más "liberales" organizan un registro de parejas homosexuales y les otorgan a estas uniones efectos más o menos similares al matrimonio, variando esto de legislación en legislación, pero en general sin efectos parentales, ni derecho al acceso a las técnicas de fecundación asistida, ni a la adopción.

2. Las leyes que impiden el derecho a casarse no han sido declaradas inconstitucionales por los máximos tribunales de las respectivas naciones ya que existe consenso en el ámbito jurídico continental europeo y del *common law* en que el matrimonio, por definición tradicional, es la unión de un hombre y una mujer.

3. La Corte de Derechos Humanos de Europa ha considerado que las legislaciones que impiden el derecho a casarse a personas del mismo sexo no vulneran dicho derecho, ya que el derecho hu-

mano a casarse reconocido por la Convención Europea de Derechos Humanos se refiere a la unión heterosexual.

4. La Corte de Derechos Humanos de Europa afirma que no constituye una familia la unión de un homosexual con otra persona de su mismo sexo de origen, ya que no se considera familia a la reunión de dos personas de igual sexo que no tengan lazos de consanguinidad o de adopción; por lo tanto, las leyes que impiden el matrimonio de personas de igual sexo no vulneran el derecho a la vida familiar contemplado en el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

5. Existen fallos de tribunales inferiores que han declarado inconstitucional la prohibición de casarse de personas de igual sexo, tal el fallo norteamericano de Hawai que juzgó inconstitucional la ley que prohibía el casamiento entre personas del mismo sexo. Sin embargo, ese fallo ha suscitado un repudio legislativo, tanto en Hawai como en la legislación estatal de los EE. UU., y ha provocado el dictado de leyes de protección al matrimonio. Esta actitud demuestra la falta de consenso general en los EE. UU. para el otorgamiento del derecho a casarse a los homosexuales.

6. Todavía el Derecho Comparado sigue considerando que el instituto del matrimonio se encuentra reservado para personas de diferente sexo, y aun en el caso de otorgar un estatuto específico para las uniones homosexuales, la legislación y la jurisprudencia priorizan al matrimonio por sobre las uniones homosexuales en orden a los efectos jurídicos, teniendo en cuenta los fines trascendentes del matrimonio que no pueden ser cumplidos por las parejas homosexuales.