

CAPÍTULO IV

CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES QUE LIMITAN EL DERECHO A CASARSE A PERSONAS DE IGUAL SEXO

.....	191
I. Los derechos comprometidos.....	192
1. Introducción.....	192
2. Fin del capítulo.....	192
3. Método del capítulo.....	193
4. Concepto de derechos humanos.....	194
II. Instrumentos internacionales de derechos humanos.....	197
1. Derecho a casarse.....	197
A) Los instrumentos internacionales que los contemplan.....	197
a) Declaración Universal de Derechos Humanos (1948).....	198
b) Pacto de San José de Costa Rica (1969).....	198
c) Convención Europea de Derechos Humanos.....	198
El derecho a casarse admite reglamentaciones.....	198
B) ¿Cómo interpretar que el hombre y la mujer tienen derecho a casarse?.....	201
a) Los partidarios de la unión homosexual afirman que las convenciones no aclaran que el derecho a casarse del hombre y la mujer esté limitado al casamiento entre sí.....	201
b) Una “interpretación integradora” de las convenciones sólo permite sostener que el derecho a casarse existe para que sea ejercido entre personas de diferente sexo.....	201
c) Una “interpretación lógica” lleva a afirmar que la libertad matrimonial contemplada en los tratados de derechos humanos se refiere a la celebración heterosexual.....	202
d) Una “interpretación gramatical” lleva a concluir que el matrimonio sólo puede ser celebrado entre hombre y mujer.....	203

e)	Una “interpretación sociológica” permite afirmar que el matrimonio es la institucionalización de la unión intersexual	204
f)	Una “interpretación teleológica” induce a decir que el derecho a celebrar matrimonio es otorgado a personas de diferente sexo	205
2.	Derecho a constituir una familia	208
A)	Los instrumentos internacionales que lo contemplan	208
a)	Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y Civiles y Políticos	208
b)	Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948)	208
c)	Convención Europea de Derechos Humanos	209
B)	La imposibilidad de contraer matrimonio, ¿les impide a los homosexuales constituir una familia?	209
a)	Concepto de familia	209
a.1)	Conceptos tradicionales	209
a.2)	Conceptos modernos	210
b)	Según las definiciones tradicionales de familia, la unión homosexual no es una familia, y la prohibición de casarse no vulnera el derecho personal a constituir una familia	212
c)	Según las modernas definiciones de familia, la unión homosexual puede ser considerada una familia; por ende, la imposibilidad de contraer matrimonio no impide la conformación de una familia	213
3.	Derecho a no ser discriminado	214
A)	Instrumentos internacionales que lo contemplan	214
a)	Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial	214
b)	Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)	214
c)	Pacto de San José de Costa Rica	214
d)	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	215
e)	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	215
f)	Convención Europea de Derechos Humanos	215

B)	La prohibición de celebrar matrimonio, ¿discrimina a los homosexuales?	216
a)	Las asociaciones <i>gays</i> sostienen que la prohibición de celebrar matrimonio a personas de igual sexo los discrimina porque les impide optar por una unión regulada por el Estado	216
b)	La prohibición de celebrar matrimonio a personas de igual sexo no es discriminatoria, porque no resulta arbitrario negarles el estatuto matrimonial a las parejas que no tienen iguales condiciones que los heterosexuales	216
c)	Del carácter peyorativo del término discriminación y de su necesaria conceptualización	218
4.	Derecho a la intimidad	219
A)	Los instrumentos internacionales que lo contemplan	220
a)	Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)	220
b)	Pacto de San José de Costa Rica (1969)	221
c)	Convención Europea de Derechos Humanos	221
B)	La imposibilidad de contraer matrimonio, ¿violenta el derecho a la intimidad de los homosexuales?	221
a)	Los homosexuales sostienen que la prohibición de contraer matrimonio vulnera su derecho a la vida privada porque limita la elección libre de un compañero sexual	221
b)	El sistema de matrimonio heterosexual no constituye una intromisión en la vida privada de los individuos homosexuales	222
III.	Constitución argentina	222
1.	Normas constitucionales	223
2.	Interpretación de las normas constitucionales	224
3.	Único caso en que la Corte argentina declaró inconstitucional un límite al derecho a casarse. Caso "Sejean"	226
4.	Cómo resolver el conflicto entre el derecho a la orientación sexual de la minoría homosexual y el derecho a casarse	228
IV.	Conclusiones	229

CAPÍTULO IV

CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES QUE LIMITAN EL DERECHO A CASARSE A PERSONAS DE IGUAL SEXO

SUMARIO: I. Los derechos comprometidos. 1. Introducción. 2. Fin del capítulo. 3. Método del capítulo. 4. Concepto de derechos humanos. II. Instrumentos internacionales de derechos humanos. 1. Derecho a casarse. A) Los instrumentos internacionales que lo contemplan. a) Declaración Universal de Derechos Humanos (1948). b) Pacto de San José de Costa Rica (1969). c) Convención Europea de Derechos Humanos. B) ¿Cómo interpretar que el hombre y la mujer tienen derecho a casarse? a) Los partidarios de la unión homosexual afirman que las convenciones no aclaran que el derecho a casarse del hombre y la mujer esté limitado al casamiento entre sí. b) Una *interpretación integradora* de las convenciones sólo permite sostener que el derecho a casarse existe para que sea ejercido entre personas de diferente sexo. c) Una *interpretación lógica* lleva a afirmar que la libertad matrimonial contemplada en los tratados de derechos humanos se refiere a la celebración heterosexual. d) Una *interpretación gramatical* lleva a concluir que el matrimonio sólo puede ser celebrado entre hombre y mujer. e) Una *interpretación sociológica* permite afirmar que el matrimonio es la institucionalización de la unión intersexual. f) Una *interpretación teleológica* induce a decir que el derecho a celebrar matrimonio es otorgado a personas de diferente sexo. 2. Derecho a constituir una familia. A) Los instrumentos internacionales que lo contemplan. a) Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Civiles y Políticos. b) Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948). c) Convención Europea de Derechos Humanos. B) La imposibilidad de contraer matrimonio, ¿les impide a los homosexuales constituir una familia? a) Concepto de familia. a.1) Conceptos tradicionales. a.2.) Conceptos modernos. b) Según las definiciones tradicionales de familia, la unión homosexual no es una familia, y la prohibición de casarse no vulnera el derecho personal a constituir una familia. c) Según las modernas definiciones de familia, la unión homosexual puede ser considerada una familia; por ende, la imposibilidad de contraer matrimonio no impide la conformación de una familia. 3. Derecho a no ser discriminado. A) Los instrumentos internacionales que lo contemplan. a) Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. b) De-

claración Universal de Derechos Humanos (1948). c) Pacto de San José de Costa Rica. d) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. e) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. f) Convención Europea de Derechos Humanos. B) La prohibición de celebrar matrimonio, ¿discrimina a los homosexuales? a) Las asociaciones *gays* sostienen que la prohibición de celebrar matrimonio a personas de igual sexo los discrimina porque les impide optar por una unión regulada por el Estado. b) La prohibición de celebrar matrimonio a personas de igual sexo no es discriminatoria porque no resulta arbitrario negarles el estatuto matrimonial a las parejas que no tienen iguales condiciones que los heterosexuales. c) Del carácter peyorativo del término discriminación y de su necesaria conceptualización.

4. Derecho a la intimidad. A) Los instrumentos internacionales que lo contemplan. a) Declaración Universal de Derechos Humanos (1948). b) Pacto de San José de Costa Rica (1969). c) Convención Europea de Derechos Humanos. B) La imposibilidad de contraer matrimonio, ¿violenta el derecho a la intimidad de los homosexuales? a) Los homosexuales sostienen que la prohibición de contraer matrimonio vulnera su derecho a la vida privada porque limita la elección libre de un compañero sexual. b) El sistema de matrimonio heterosexual no constituye una intromisión en la vida privada de los individuos homosexuales.

III. Constitución argentina. 1. Normas Constitucionales. 2. Interpretación de las normas constitucionales. 3. Único caso en que la Corte argentina declaró inconstitucional un límite al derecho a casarse. Caso "Sejean". 4. Cómo resolver el conflicto entre el derecho a la orientación sexual de la minoría homosexual y el derecho a casarse. IV. Conclusiones.

I. Los derechos comprometidos

1. *Introducción*

Los homosexuales alegan que tienen derecho a casarse, por ser un derecho humano básico que no les puede ser privado por su inclinación sexual, y entienden que la negativa estatal al reconocimiento de la capacidad de contraer matrimonio atenta contra el derecho humano a constituir una familia, vulnera el derecho a la igualdad de todos los seres humanos, lesiona su derecho a la orientación sexual, restringe irrazonablemente el derecho a la libertad y limita su derecho a la intimidad.

2. *Fin del capítulo*

En el presente capítulo nos proponemos analizar la constitucionalidad de la prohibición de celebración del matrimonio entre personas de igual sexo.

Como la Constitución Nacional ha incorporado los tratados de de-

rechos humanos que forman el Derecho supranacional, estudiaremos los pactos que aluden a los derechos que los homosexuales estiman que se vulneran con la prohibición del derecho a casarse.

3. *Método del capítulo*

Para realizar este análisis, previo a todo precisaremos cuál es el *concepto de derechos humanos* que vamos a adoptar; porque dependiendo de cuál sea la conceptualización aceptada será la respuesta a dar en cuanto a la esencia de los derechos comprometidos.

Luego abordaremos por separado cada uno de los derechos que se pretenden violentados por la prohibición de celebración de matrimonio a personas de igual sexo.

Partiremos en cada caso de los *textos de los tratados, convenciones o declaraciones de derechos humanos*.

Después explicaremos por qué los homosexuales consideran que cada derecho en particular es vulnerado con el impedimento de celebración de las nupcias y trataremos de:

- Precisar el *contenido del derecho a casarse* desde distintos métodos de interpretación.
- Determinar: (i) el *alcance del derecho a la no discriminación* a partir de la doctrina que emana de la jurisprudencia de tribunales nacionales y supranacionales; (ii) *las reglas que se desprenden de la doctrina judicial del derecho a la no discriminación*.
- Explicar qué es la familia desde distintas concepciones y fundamentar que *los homosexuales pueden constituir una familia aunque el ordenamiento estatal les deniegue el derecho a casarse*.
- Conceptualizar el derecho a la intimidad y demostrar que el sistema de matrimonio heterosexual no constituye una intromisión en la vida privada de los individuos homosexuales.

Finalmente describiremos cómo están receptados los derechos presuntamente violentados por el impedimento a celebrar matrimonio a personas de igual género en la Constitución argentina, y explicaremos cómo se debe dirimir el conflicto entre el derecho a la orientación sexual común a todos los hombres y el derecho a casarse privativo de los heterosexuales.

4. Concepto de derechos humanos

En el reclamo a su derecho a casarse los homosexuales buscan el fundamento último fuera de la legislación nacional positiva vigente porque, como se ha visto, en todos los casos ésta les niega el derecho a casarse.

Los *gays* tratan de hallar una prerrogativa de contenido extrapatrimonial, inalienable, perpetua y oponible *erga omnes*, que corresponda a toda persona por su condición de tal, desde antes de su nacimiento y hasta después de su muerte, de la que no pueden ser privados por la acción del Estado ni de otros particulares, que fundamente su derecho a casarse¹. Por tal motivo, se refieren a la vulneración de derechos humanos.

Los sostenedores de que no corresponde otorgar a los homosexuales derecho a casarse también fundamentan su postura a partir del contenido de los derechos humanos internacionalizados².

Lo antes dicho nos demuestra que las dos opiniones en pugna parten de diversas conceptualizaciones de los derechos humanos y que de acuerdo a cuál sea la concepción aceptada será la respuesta dada. Por ello creemos necesario, previo a todo, definir cuál es el concepto de derechos humanos que vamos a aceptar.

Los derechos humanos pueden ser explicados desde múltiples perspectivas³, pero a los fines de nuestro estudio los vamos a explicar

¹ Definición dada por RIVERA, Julio César, *Derecho personalísimo*, en *Instituciones de Derecho Civil. Parte general*, reimp., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, t. II, p. 7.

² Cabe señalar que la palabra fundamentar proviene del latín *fundamentum* que significaba originariamente noción de cimiento o soporte; de lo que se trata al hablar de fundamentación de la inexistencia del derecho de los homosexuales a casarse es de encontrar ciertas afirmaciones o principios que en razón de aparecer como evidentes justifican ocasionalmente, por la vinculación lógica y necesaria con ellos, las afirmaciones acerca de la existencia y extensión del derecho humano a casarse; seguimos en esto el pensamiento de MASSINI-CORREAS, Carlos, *Acerca del fundamento de los derechos humanos*, en *El iusnaturalismo actual*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 188.

³ Una interesante recopilación de las distintas interpretaciones sobre los derechos humanos la encontramos en SPECTOR, Horacio, *La filosofía de los derechos humanos*, Universidad Torcuato Di Tella, Working Paper N° 56, julio de 1999, donde explica,

desde dos puntos de vista diferentes⁴: a) desde el iusnaturalismo individualista moderno, y b) desde el iusnaturalismo realista clásico-cristiano⁵.

La concepción individualista pretende fundar los derechos humanos naturales sin referencia a ningún orden o ley objetiva natural. Esta doctrina supone que el hombre no está sometido a otra regla que la de su voluntad libre y arbitraria. Sus sostenedores aceptan que los derechos humanos provienen de la dignidad de la persona humana, pero el no aceptar una ley natural los deja sin fundamentos objetivos y los derechos humanos se tornan derechos relativos, individuales y arbitrarios.

“La filosofía individualista de los ‘derechos humanos’ o ‘derechos naturales’, no sólo los deja sin fundamento suficiente, sino que no hace posible precisar sus límites y su contenido, dando lugar a la ilusión peligrosa –y sobre todo, falsa– de que se tiene derecho a todo, en todo momento y en todo lugar, sin que exista deber u obligación alguna que deba ser acatado. Se llega así al disparate de una situación en la que todos tienen derecho a todo, sin que nadie deba nada, lo que es no sólo un atentado a la lógica sino al más elemental buen sentido”⁶.

Para el iusnaturalismo realista, los derechos humanos son por definición “aquellas facultades que los sujetos adquieren no por el hecho

entre otras, “la teoría del interés justificante” de MacCormick, “la teoría de la elección” de Hart, “la teoría de las pretensiones válidas” de Feingberg, “la teoría de los títulos” de McCloskey y Steiner.

⁴ Espinosa, al reseñar el libro de Massini-Correas explica que “a la pregunta: cómo puede clasificarse las teorías jurídicas actuales debe responderse que ya no vale el esquema tradicional de dos miembros: positivismo-iusnaturalismo, sino tenemos otro más complejo: frente al ‘positivismo en sentido estricto’ existen las concepciones ‘transpositivistas’ entendiéndose por esto las posiciones que no aceptan la tesis central del positivismo jurídico en sentido estricto, es decir, la reducción de todo lo jurídico a lo jurídico positivo. Pero dentro del transpositivismo aparece el ‘constructivismo’ y el ‘iusnaturalismo’ en sentido estricto” (ESPINOSA, Nolberto, en *Filosofía. Reseña de libros*, N° 1-2000, Edium, Mendoza, 2000, p. 2).

⁵ MASSINI-CORREAS, ob. cit., p. 143.

⁶ MASSINI-CORREAS, Carlos I., *Los derechos humanos en debate*, en *Los derechos humanos*, Idearium, Mendoza, 1985, p. 119 y, del mismo autor, *El Derecho, los derechos humanos y el valor del Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987, p. 143.

de su establecimiento por una norma estatal, sino en virtud de un principio que trasciende al Derecho positivo”⁷. En definitiva, “son todos aquellos derechos subjetivos cuyo título radica en la personalidad de su sujeto o en algunas de las dimensiones básicas del desenvolvimiento de esa personalidad y de los que se es titular, los reconozca o no el ordenamiento jurídico y aun cuando éste los niegue”⁸.

El iusnaturalismo realista arraiga los derechos en la ley natural y a ésta en la naturaleza misma de las cosas, en las realidades humanas y en el hombre mismo.

El orden de las cosas, al poder ser conocido por la inteligencia, hace posible que el entendimiento aprenda la evidencia de una normatividad que se impone de modo necesario. “Es decir que el conocimiento de las estructuras de la realidad hace patente a la conciencia jurídica los valores y reglas fundamentales de la convivencia humana”⁹.

En definitiva, cuando analicemos los derechos humanos que los gays sostienen que les son desconocidos, vamos a partir de la concepción realista del Derecho que admite un orden que puede ser descubierto por la razón en la realidad.

Necesariamente vamos a partir del Derecho Natural ya que estamos convencidos de que, como afirma Espinosa, “lo que está encerrado en los términos ‘derechos humanos’ no es más que lo que –desde los griegos y a través de la larga tradición del pensamiento moral, político y jurídico de los pueblos de Occidente– seguimos entendiendo y viviendo por ‘Derecho Natural’. El ‘tema’ de los ‘derechos humanos’ es el tema del ‘Derecho Natural’ y la ‘cuestión’ actual de los derechos humanos es una reedición de la vieja cuestión del Derecho Natural”¹⁰.

Entendemos por ley natural aquellas proposiciones universales

⁷ MASSINI-CORREAS, *El Derecho, los derechos humanos y el valor del Derecho* cit., p. 139.

⁸ MASSINI-CORREAS, Carlos I., *Filosofía del Derecho I. El derecho y los derechos humanos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 140.

⁹ KALINOWSKI, Georges, *Note sur le rapport entre le fait et le Droit*, en *Rivista Internazionale de Filosofia del Diritto*, Giuffrè, Milano, 1969, Año XXVI, fasc. 4, p. 420, citado por MASSINI-CORREAS, ob. cit. en nota 7, p. 144.

¹⁰ ESPINOSA, Nolberto, *Derecho Natural, derechos del hombre, derechos humanos*, en *Los derechos humanos* cit., p. 23.

del entendimiento práctico que la razón humana formula a partir del conocimiento del orden immanente de las cosas¹¹.

Aclarada cuál es la concepción de derechos humanos de la que vamos a partir, nos parece necesario determinar cómo están contemplados aquellos derechos en los cuales los homosexuales fundan su pretensión de casarse en los tratados de derechos humanos y en la Constitución de nuestro país para poder, en definitiva, expedirnos sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes que deniegan el derecho a celebrar matrimonio.

II. Instrumentos internacionales de derechos humanos

Dentro de la normativa de carácter internacional que se ocupa de los derechos en juego nos ocuparemos de examinar aquella que ha constitucionalizado nuestro país, en especial: la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU (1966) –los dos últimos ratificados por la ley 23.313– y el Pacto de San José de Costa Rica de 1969 –ratificado por ley 23.054–, todos incorporados a nuestra Constitución a partir de la reforma de 1994.

Además, analizaremos la Convención de Derechos Humanos de Europa o Convención Europea de Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, firmada en Roma en 1950, pues ella es el fundamento positivo de las resoluciones de la CEDH (Corte Europea de Derechos del Hombre) que hemos visto en el capítulo precedente.

1. *Derecho a casarse*

A) *Los instrumentos internacionales que los contemplan*

El derecho a casarse es reconocido en diversos instrumentos internacionales.

¹¹ MASSINI-CORREAS, Carlos I., *La falacia de la falacia naturalista*, Edium, Mendoza, 1995, p. 47. Señala este autor que “la comprensión de la naturaleza humana no es ‘teórica’, ni ‘metafísica’, ni ‘naturalista’, es realizada por la razón práctica, sobre un objeto práctico, con un fin práctico y de modo práctico, es decir que el recurso de la naturaleza humana no tiene carácter teórico o meramente descriptivo”.

a) *Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)*

Artículo 16, inciso 1: “Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio”.

b) *Pacto de San José de Costa Rica (1969)*

Artículo 17. *Protección a la familia*, inciso 2: “Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención”.

c) *Convención Europea de Derechos Humanos*

Artículo 12: “A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen el derecho de casarse y de fundar una familia y las leyes nacionales pueden reglamentar ese derecho”.

Trataremos de determinar si este derecho a casarse es desconocido por las leyes que lo vedan a personas de igual sexo. Para ello hay que tener en cuenta los siguientes condicionamientos.

*El derecho a casarse admite reglamentaciones*¹²

El derecho a casarse, como todo derecho humano, admite ser reglamentado por el Estado¹³.

¹² No desconocemos que la filosofía iusnaturalista entiende que los derechos humanos son absolutos, pero ello en cuanto a su sustancia, no a su aspecto formal; sobre el tema ver: FINNIS, John, *Aristóteles, Santo Tomás y los absolutos morales*, en *El iusnaturalismo actual* cit., p. 93.

¹³ Cuando decimos que los derechos humanos no son derechos absolutos lo hacemos desde la óptica del Derecho positivo y no desde la óptica de la filosofía jurídica. Es decir, partimos de que para el Derecho positivo estos derechos pueden ser reglamentados siempre que no se desnaturalice su esencia, y sin que puedan hacerse prevalecer en su contra consideraciones de utilidad general. Para la filosofía jurídica los derechos humanos en cuanto a su fundamento son absolutos, ya que para que el respeto de ellos sea absoluto también debe serlo su fundamento porque un fundamento

Todos los Estados en su legislación infraconstitucional imponen prohibiciones absolutas para contraer matrimonio; entre ellas, *las relativas al parentesco*, de modo que se prohíbe contraer matrimonio entre sí a todos los parientes en la línea recta descendente y ascendente (en la que se incluye la adopción), y *las que surgen de la monogamia*, por la que no pueden contraer matrimonio quienes están ligados por un vínculo aún no disuelto.

Encarna Roca Trías pone en evidencia que este tipo de limitaciones “restringe la libertad individual y, por ello, debe afirmarse que el derecho a casarse no puede nunca ser considerado como absoluto: su ejercicio depende de los requisitos que la ley exija y siempre que no sean irracionales, su legitimidad está asegurada”¹⁴.

En este sentido, nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que “la circunstancia de que los pactos internacionales con jerarquía constitucional remitan a las condiciones establecidas en las leyes internas respecto del ejercicio del derecho a contraer matrimonio no debe ser entendida como una concesión para que los Estados aborden la institución de cualquier manera y sin limitaciones, puesto que debe respetarse la esencia del derecho”¹⁵.

relativo sólo puede ser el sustento de derechos relativos. Al hablar de derechos humanos absolutos el iusfilósofo argentino Massini-Correa se pregunta: “¿Hay derechos humanos que pertenezcan al hombre sin excepción, sin que puedan hacerse prevalecer en su contra consideraciones de utilidad general?” Y siguiendo a Finnis, responde afirmativamente (*Los derechos humanos en el pensamiento actual*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 158).

¹⁴ ROCA TRÍAS, Encarna, *Familia y cambio social (de la “casa” a la persona)*, Cívitas, Madrid, 1999, p. 102.

¹⁵ La diferencia entre la concepción del iusnaturalismo de que los derechos humanos son absolutos y la de la CSJN en el sentido de que no lo son, tan sólo es una cuestión de palabras (según Santiago Legarre, profesor de la Universidad Austral a quien hemos consultado en el tema). En ambos casos se está diciendo lo mismo usando distintas palabras. La CSJN y el iusnaturalismo coinciden en que el derecho a casarse puede ser reglamentado. Pero el iusnaturalismo no deja de considerarlo un derecho absoluto: un derecho absoluto, para el iusnaturalismo, es reglamentable. Mientras que la CSJN identifica el hecho de que el derecho a casarse sea reglamentable con la pérdida de su carácter absoluto. En esta hipótesis ambas posturas dicen lo mismo (el derecho a casarse es reglamentable) pero: i) El iusnaturalismo llama a eso “carácter reglamentable del derecho a casarse”; ii) la CSJN lo llama “carácter no absoluto del derecho a casarse”. En este plano terminológico no

“Los derechos consagrados en la Constitución Nacional no son absolutos, sino susceptibles de razonable reglamentación de modo tal que su ejercicio puede verse sujeto a las restricciones razonables que determine el legislador, restricciones que derivan de la protección de otros derechos constitucionales o de otros bienes constitucionalmente protegidos”¹⁶.

El más alto tribunal de nuestro país tuvo que decidir si la obligación de los militares de solicitar autorización para contraer matrimonio era una reglamentación irrazonable que violaba el derecho personalísimo de casarse. En ese caso estableció que esta restricción no era arbitraria ni violaba el derecho a casarse y que se encontraba justificada en la relación de sujeción especial en que se encuentran los militares.

Si aplicamos la doctrina de este precedente al tema que nos preocupa, podemos concluir afirmando que para nuestra Corte:

- El derecho a casarse admite ser reglamentado.
- Las reglamentaciones no deben ser arbitrarias.
- Las reglamentaciones no deben ir contra la esencia del derecho.

La cuestión reside en determinar si la prohibición de contraer matrimonio entre personas del mismo género es una prohibición que vulnera la esencia del derecho a casarse.

Para poder decidir si se desnaturaliza el derecho a casarse al establecer como limitación que sólo le es permitido hacerlo a personas de distinto sexo, nos parece fundamental interpretar qué es el derecho a casarse.

existe dificultad alguna. Tampoco existe una diferencia esencial sobre “qué quiere decir que el derecho a casarse es o no es absoluto”, más allá del hecho de su reglamentabilidad en que ambos coinciden. El iusnaturalismo entiende que el carácter absoluto del derecho a casarse implica que no puede ser suprimido por el Estado (un absoluto moral); en este sentido, también el derecho a la vida sería absoluto. La Corte entiende que el derecho a casarse puede ser reglamentado mientras no se desnaturalice su esencia, lo que es equivalente a decir que el Estado no puede suprimirlo.

¹⁶ CSJN, 5-7-96, “G. M. vs. Estado nacional”, J. A. 1997-II-365.

B) *¿Cómo interpretar que el hombre y la mujer tienen derecho a casarse?*

a) *Los partidarios de la unión homosexual afirman que las convenciones no aclaran que el derecho a casarse del hombre y la mujer esté limitado al casamiento entre sí*

Todas las convenciones y los tratados de derechos humanos que contemplan el derecho a casarse manifiestan que los hombres y las mujeres tienen el derecho a casarse, pero no establecen explícitamente que ese derecho implica sólo el derecho a casarse entre personas de diferente sexo.

Esto ha servido de argumento para que las personas del mismo sexo que pretenden casarse planteen que la prohibición de hacerlo con una persona de igual género importa una violación al tratado.

Veremos seguidamente si este argumento es válido a la luz de una interpretación integradora, lógica, gramatical, sociológica y teleológica de los tratados de derechos humanos.

b) *Una "interpretación integradora" de las convenciones sólo permite sostener que el derecho a casarse existe para que sea ejercido entre personas de diferente sexo*

La interpretación sistemática obliga a considerar al ordenamiento jurídico como un todo orgánico. Este criterio ha sido seguido frecuentemente por la jurisprudencia nacional; así, la Corte Suprema sostiene que la Constitución debe ser analizada como un conjunto armónico, dentro del cual cada una de sus disposiciones ha de ser interpretada según el contenido de las demás, pues sus distintas partes forman una unidad coherente; en suma, en la inteligencia de sus cláusulas se debe cuidar de no alterar el equilibrio del conjunto¹⁷.

Una interpretación integradora de los textos de los tratados internacionales de derechos humanos sólo permite concluir que el matrimonio debe ser celebrado entre un hombre y una mujer.

De no ser así, carecería de sentido la mención de hombre y mujer en las normas que establecen el derecho a casarse, ya que bastaría con afirmar que todos tienen derecho a casarse.

¹⁷ CSJN, 23-11-76, Fallos: 296:432.

La mención de “hombre y mujer” en el derecho a contraer matrimonio en todas las convenciones sólo permite interpretar que este derecho es concebido como un derecho para ser ejercido entre dos personas de sexo diferente.

Tomamos por ejemplo el Pacto de San José de Costa Rica, que en su artículo 1º establece que: “Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a *toda persona*”. El artículo 11 dice: “Toda persona tiene derecho al respeto de su honra...”; el artículo 12 dispone que “Toda persona tiene derecho a la libertad...”; el artículo 13 dice que “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento...”; el artículo 14 estatuye que “toda persona afectada por informaciones inexactas...”; el artículo 16 dice: “Todas las personas tienen derecho a asociarse...”, mientras que el artículo 17 abandona el término toda persona para decir “Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio”. La referencia a toda persona hace innecesaria la mención de hombre y mujer en el derecho a casarse—que por otra parte son los dos únicos géneros de personas existentes—, salvo que sea interpretado en el sentido de que el matrimonio se contrae entre hombre y mujer.

Es decir que cuando el derecho es de toda persona, sin distinción de sexo, la Convención usa la palabra persona; en cambio, cuando quiere distinguir el sexo dice hombre y mujer. De no ser así, la Convención diría toda persona tiene el derecho a casarse; sin embargo no lo dice sino que aclara que el hombre y la mujer tienen el derecho a casarse.

c) *Una “interpretación lógica” lleva a afirmar que la libertad matrimonial contemplada en los tratados de derechos humanos se refiere a la celebración heterosexual*

¿Cuál sería el sentido de la mención a los dos sexos, únicos existentes, si no se los quisiera relacionar entre sí para contraer matrimonio? Ninguno. ¿Para qué mencionar a hombre y mujer en el derecho a contraer matrimonio si no es para indicar que el matrimonio debe ser celebrado entre ellos?

La enumeración tendría sentido si existiera otro género humano;

por ejemplo, si en el mundo existieran hombre, mujer y androide, y en el artículo que menciona el derecho a casarse sólo se enumerara a los dos primeros, querría decir que se pretende excluir al tercero.

Una enumeración de dos géneros unidos mediante preposición “y”, que no es excluyente porque no hay nadie a quien excluir, que está realizada en una convención de derechos que es otorgada a todas las personas, debe lógicamente ser entendida como referida al matrimonio heterosexual.

En definitiva, en virtud de la lógica de lo razonable, que es la lógica jurídica, el matrimonio sólo se puede celebrar entre personas de distinto sexo.

d) *Una “interpretación gramatical” lleva a concluir que el matrimonio sólo puede ser celebrado entre hombre y mujer*

La interpretación gramatical es aquella que se atiende al sentido de las palabras. Una de las dudas que se genera en esta materia es si la interpretación ha de ceñirse al sentido técnico de las palabras o al sentido vulgar; la mayor parte de la doctrina ha concluido que debe predominar el sentido técnico, pues se presume que es parte del lenguaje especializado empleado por el legislador¹⁸.

Nuestra Corte Suprema afirma que las leyes deben interpretarse según el sentido propio de las palabras, sin violentar su sentido específico¹⁹.

Partiendo de esta concepción de la interpretación gramatical debemos determinar cuál es el sentido a dar al término matrimonio, al que hacen referencia las convenciones de derechos humanos.

Todas las definiciones de matrimonio conocidas hasta ahora aluden a la unión de hombre y mujer.

Borda, siguiendo la clásica definición de Portalis, lo define como “*Sociedad del hombre y la mujer que se unen para perpetuar su especie, para ayudarse, para socorrerse mutuamente, para llevar el peso de la vida y compartir su común destino*”²⁰.

¹⁸ RIVERA, Julio César, *Instituciones de Derecho Civil. Parte general*, 2ª ed. act., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, t. I, p. 193.

¹⁹ CSJN, 27-7-76, *Fallos*: 295:376.

²⁰ BORDA, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil. Familia*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, t. I, N° 47.

Prayones lo define como “institución social mediante la cual se establece la *unión entre dos personas de distintos sexos*, para realizar la propagación de la especie y los demás fines materiales y morales necesarios para el desarrollo de la personalidad”²¹.

Mazzinghi afirma: “Comunidad de vida entre dos personas por libre decisión de su voluntad y con carácter indisoluble, con el objeto de *procrear hijos* y de educarlos y asistirse recíprocamente”²².

Gangi, seguido por Zannoni, define al matrimonio como “*la unión del hombre y de la mujer* para formar una familia legítima”²³.

También alude al matrimonio como unión heterosexual la definición de la Real Academia Española, al establecer que éste es “una unión de hombre y mujer concertada mediante determinados ritos o formalidades”.

En conclusión, partiendo de una interpretación gramatical, ya sea en sentido técnico o vulgar, de la norma se concluye que el derecho a casarse otorgado al hombre y a la mujer es el derecho a casarse entre ellos.

e) *Una “interpretación sociológica” permite afirmar que el matrimonio es la institucionalización de la unión intersexual*

Zannoni señala que “el matrimonio es una de esas relaciones cuyo sustrato, de conformidad con dichas pautas, se proyecta en la institucionalización de la unión intersexual monogámica”²⁴.

En este sentido, Harry Johnson afirma que “el concepto de matrimonio-estado se capta en una noción fundamentalmente sociológica. El matrimonio es, en efecto, una institución social, en cuanto está gobernado por normas institucionalizadas, o sea, en tanto es cuanto ‘marido’, ‘mujer’ y también los ‘hijos’, conceptualizan posiciones so-

²¹ PRAYONES, Eduardo, *Derecho de Familia. Compilación de Luis Podestá Costa*, N° 8, Buenos Aires, 1914.

²² MAZZINGHI, Jorge, *Derecho de Familia*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, t. I, p. 68, N° 21.

²³ GANGI, Calogero, *Derecho matrimonial*, trad. de M. Moreno Hernández, Aguilar, Madrid, p. 5, N° 4; ZANNONI, *Derecho de Familia* cit., t. I, p. 114.

²⁴ ZANNONI, *Derecho de Familia* cit., t. I, p. 114.

ciales o roles que constituyen expectativas del sistema social íntegro para la consecución de funciones que le son propias²⁵.

Desde una interpretación sociológica, el derecho a celebrar matrimonio es el derecho otorgado a personas de distinto sexo y no a las personas de igual sexo.

f) *Una "interpretación teleológica" induce a decir que el derecho a celebrar matrimonio es otorgado a personas de diferente sexo*

La interpretación finalista o teleológica puede ser realizada desde una doble óptica.

Por un lado, la interpretación debe ser vinculada con la finalidad de la ley, con los motivos que determinaron su sanción y con la ocasión en que fue dictada, es decir, se trata de la investigación de la *ratio* y de la *occasio legis*, con lo cual se penetra en el espíritu de la disposición, que no puede ser interpretado si no se descubre el pensamiento íntimo encerrado en ella.

El segundo aspecto del elemento teleológico está en el resultado en sí de la interpretación, del cual el intérprete no se debe desvincular.

Con relación a la primera cuestión lo que debemos determinar es cuál es el fin tenido en cuenta por los tratados cuando consagran el derecho a casarse. Creemos indiscutible que cuando se regula sobre este derecho humano no se tienen en cuenta los fines subjetivos de los individuos que pretenden contraerlo, sino un fin último del matrimonio, que no tiene su origen en la voluntad del hombre sino en un fundamento objetivo²⁶.

Pensamos que la finalidad del derecho a casarse se enraíza con los fines esenciales del matrimonio y éstos son la procreación y la educación de los hijos con roles diferenciados. Desde esta interpretación

²⁵ JOHNSON, Harry, *Sociología*, trad. de E. Kesteboim y J. Topf, Buenos Aires, 1960, ps. 175, citado por ZANNONI, ob. cit., p. 113.

²⁶ Al hablar de derechos humanos en general se señala que si a esto se lo funda sólo en el individuo los derechos humanos carecen de justificación cuando se enfrentan a la voluntad de la mayoría, del proletariado o del Estado concebido fuera de un orden que le impone límites y le establece deberes; por ello los derechos humanos deben tener un fundamento objetivo y absoluto (MASSINI-CORREAS, *El Derecho, los derechos humanos y el valor del Derecho* cit., p. 149).

del derecho a casarse entendemos que los fines esenciales del matrimonio, que distinguen a esta institución de cualquier otra, no pueden ser alcanzados por dos personas de igual sexo, y por ende consideramos que cuando se alude al derecho a casarse se piensa en que sólo pueden hacerlo quienes pueden cumplir con los fines que constituyen la esencia de la institución, es decir dos personas de diferente sexo.

En la faz teleológica del derecho a casarse no podemos interpretar el derecho partiendo de las elecciones vitales de cada individuo, ni de sus personales proyectos de vida, por muy respetables que éstos sean, porque es tanta la diversidad de deseos e intereses que llevan a casarse que sería imposible hablar de un derecho a casarse a partir de los fines individuales. Necesariamente ha de tenerse en cuenta la esencia del instituto, que reiteramos, no se encuentra en la voluntad de sus miembros, sino en la naturaleza de la institución matrimonial.

En cuanto a las consecuencias, la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina ha dicho en reiteradas oportunidades que el intérprete no puede prescindir de las consecuencias que derivan de un fallo, puesto que él constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación y de su congruencia en el sistema en el que la norma está engarzada²⁷.

No podemos desligarnos de las consecuencias que implicaría aceptar que el derecho a celebrar matrimonio pueda ser entendido como el derecho a casarse entre personas de igual sexo. Las consecuencias serían:

1. Extender a una unión asociativa los beneficios de una institución natural, aun cuando no pueda cumplir con los fines de la segunda.
2. Variar el sistema de transmisión de los bienes para después de la muerte, otorgando iguales derechos a quienes constituyen una unión en el ámbito de la más absoluta libertad que a quienes se unen en una institución con fines trascendentes.
3. Permitir el derecho de adopción.

Creemos que esta interpretación jurídica es disvaliosa; *una cosa es reconocer la libertad asociativa según las preferencias sexuales*

²⁷ CSJN, 6-11-80, E. D. 95-554, sum 35.

y otra muy diferente otorgar iguales derechos a personas que no pueden cumplir iguales fines.

Señala Graciela Ignacio que “la capacidad física que exige la legislación matrimonial no es la de procrear en cada caso particular, sino la potencialidad natural de hacerlo que abre la unión de sexos biológicos, con ello protege la subsistencia de la sociedad. Ningún fin social se satisface cuando se trata de uniones «no heterosexuales»”²⁸.

En esta interpretación teleológica que estamos realizando debemos poner el acento en que si se le concede a los homosexuales el derecho a casarse lógicamente se les debe otorgar el derecho a adoptar. Consideramos este último resultado muy disvalioso por ser contrario al interés de los menores el ser educado por dos padres o por dos madres.

En este sentido coincidimos con la jurisprudencia francesa que deniega el derecho a la adopción a los homosexuales.

Leslie Ann Minot²⁹ comenta dos casos franceses de principios de los años '90. En 1993, una de las solicitudes fue rechazada con el siguiente argumento: “La libre elección de los adultos de vivir al margen de la sociedad no puede imponérsele a un niño en el contexto de la adopción. El interés del niño adoptivo yace justamente en evitar ser colocado directamente en una situación marginal”. En 1994, la otra solicitud fue rechazada con un argumento similar: “De acuerdo al lugar que ocupan las parejas homosexuales en la sociedad, así como en el Derecho y en la cultura, bajo las actuales circunstancias, no le ofrecen al menor las condiciones de integración social que él necesita...”³⁰

²⁸ IGNACIO, *Transexualismo, cambio de sexo y derecho a contraer matrimonio* cit., p. 872.

²⁹ MINOT, Leslie Ann, *Conceiving Parenthood*, Scott Long, Policy Director, 2000, p. 109.

³⁰ No ignoramos que existen precedentes que han concedido la adopción a parejas homosexuales, entre ellos recordamos el precedente conocido como “Adoption of Evan”: Una pareja de lesbianas que había convivido durante catorce años decidió tener un niño. Una de las mujeres se sometió a un tratamiento de inseminación artificial con espermatozoides de un amigo de la pareja. Esta persona formalmente renunció a cualquier derecho sobre el niño. Durante seis años el pequeño fue criado por las dos mujeres. Su madre no biológica decidió solicitar la adopción simple del menor, una adopción que no eliminara los lazos filiatorios entre el niño y su otra madre. La cuestión dorsal

En definitiva, después de haber analizado el derecho a casarse contenido en los instrumentos supranacionales, concluimos afirmando que el impedimento de celebrar matrimonio a personas de igual sexo no importa violación al derecho a casarse.

2. Derecho a constituir una familia

A) Los instrumentos internacionales que lo contemplan

a) Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y Civiles y Políticos

El primero de estos pactos expresa en su artículo 10: “Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges”.

b) Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948)

Artículo VI. “Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella”.

para el tribunal que debía decidir la solicitud fue si ello era en el mejor interés del niño. Luego de evaluar las aptitudes del niño y su relación con la pareja, concluyó que la adopción beneficiaría a Evan: no alteraría el ambiente en el que el niño había sido criado, y le otorgaría derechos adicionales, mayor seguridad económica, en tanto la madre adoptiva tendría la obligación de mantenerlo; tendría derechos hereditarios sobre bienes de su madre no biológica y accedería, también, a los beneficios de la seguridad social. Asimismo, para el supuesto de que la pareja llegara a disolverse, Evan podría ser visitado por su madre adoptiva sin romper los vínculos que hasta ese momento los unían. La Corte citó la Ley de Relaciones Domésticas (sec. 110) para respaldar la postura de que la madre no biológica, en su calidad de adulta soltera, era apta para adoptar y que, además, sería un “resultado absurdo” cumplir ciegamente con las exigencias de la sección 117 del mismo plexo normativo. La Corte concluyó que las dos mujeres ejercían la copaternidad y que el Derecho de Nueva York no exigía una “elección destructiva entre padres” (en este caso madres). Asimismo, afirmó que sólo podría alcanzarse un resultado racional si se mantenían los derechos de la madre biológica, al tiempo que se le reconocieran los derechos a la madre adoptiva (153 Misc. 2nd 844, 583 N. Y. 5.2nd. 997 [1992]).

c) *Convención Europea de Derechos Humanos*

Artículo 12: “A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen el derecho de casarse y de fundar una familia y las leyes nacionales pueden reglamentar ese derecho”.

B) *La imposibilidad de contraer matrimonio, ¿les impide a los homosexuales constituir una familia?*

La determinación de esta cuestión deriva de un problema previo, cual es el de saber si la unión homosexual constituye una familia. Para ello debemos determinar el concepto de familia.

a) *Concepto de familia*

a.1) *Conceptos tradicionales*

Analizaremos los conceptos generalmente aceptados.

No existe un único concepto de familia. Siguiendo a Belluscio, afirmamos que tradicionalmente se dan tres conceptos distintos de familia³¹:

- Familia en sentido amplio (como parentesco): es el conjunto de personas con las cuales existe una relación de parentesco.
- Familia en sentido restringido (pequeña familia-familia conyugal, parentesco inmediato o núcleo paterno-filial): es la agrupación formada por el padre o la madre y los hijos que viven con ellos.
- Familia en sentido intermedio (como un orden jurídico autónomo): es el grupo social integrado por las personas que viven en una casa, bajo la autoridad del señor de ella. Este sentido es el usado por el artículo 2953 del Código Civil que dispone que: “La familia comprende la mujer y los hijos legítimos y naturales, tanto los que existan al momento de la constitución, como los que naciesen después, el número de sirvientes necesarios, y además las personas que a la fecha de la constitución del uso o de la habitación vivían con el usuario o habitador, y las personas a quienes éstos deban alimentos”.

³¹ BELLUSCIO, *Manual de Derecho de Familia* cit., ts. I y II, p. 5.

En ese sentido, como orden jurídico autónomo, podría afirmarse que la unión homosexual conforma una familia, ya que ésta puede devenir no sólo de los vínculos dados por el parentesco o por el matrimonio, sino también por la convivencia y el apoyo solidario económico.

a.2) *Conceptos modernos*

Modernamente se ha sostenido que:

“Las definiciones de lo que sea una familia basadas sólo en la capacidad, aunque sea abstracta, de procreación y de asistencia y socialización de la prole –razón por la cual sería imposible aplicar el concepto a las uniones de hecho homosexuales– dejan de lado importantes aspectos que configuran las relaciones familiares”.

“La familia es principalmente *convivencia* orientada por el principio de solidaridad en función de afectividades y lazos emocionales conjuntos. La familia es la comunidad de vida material y afectiva de sus integrantes, promoviendo una determinada distribución o división del trabajo interno, en lo que hace a las actividades materiales que permiten la subsistencia, desarrollo y confort de los miembros del grupo familiar, así como el intercambio solidario fruto de esas actividades y de la mutua compañía y apoyo moral y afectivo procurando la mejor forma posible de alcanzar el desarrollo personal, la autodeterminación y la felicidad para cada uno”³².

También se ha dicho que “la familia de hoy emana de una pareja permanente, estable, comprometida, de unión voluntaria y amorosa, que cumpla con la función de proteger a sus componentes y los transforme en una sola entidad solidaria para sus tratos con la sociedad. Esta función protectora es derivada del valor unitivo reconocido al amor por la filosofía y la preceptiva religiosa de este siglo”³³.

En la Exposición de Motivos de la Proposición de Ley de Medidas

³² Del fallo de primera instancia, JCiv. de Mendoza N° 10, 20-10-98, “A. A. s/Información sumaria”, con comentario crítico de ARBONES, Mariano, *Homosexualidad, discriminación y Derecho*, en *Semanario Jurídico de Comercio y Justicia* 1998-B-706, t. 79.

³³ Exposición de Motivos de la Ley de Partenariato, presentada por la CHA.

para la Igualdad Jurídica de las Parejas de Hecho³⁴ de España, se lee lo siguiente: “El artículo 39 de la Constitución española indica la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia. En este artículo no existe referencia a un modelo de familia determinado ni predominante, lo que hace necesario una interpretación amplia de lo que debe entenderse por familia, consecuente con la realidad social actual y con el resto del articulado constitucional referido a la persona”.

En este contexto, la libertad significa permitir que los individuos puedan optar, para formar una familia, por cualquier medio que les permita el libre desarrollo de su personalidad.

En un fallo dictado en marzo de 1999 la Corte Civil de Nueva York enumera cuáles son los factores relevantes a tener en cuenta para determinar si existen relaciones familiares entre dos personas, a saber:

- a) La longevidad de la relación;
- b) el compartir los gastos hogareños y otras expensas;
- c) el hecho de que las finanzas se encuentren confundidas por cuentas bancarias conjuntas, copropiedad sobre bienes personales o reales o tarjetas de crédito;
- d) el hecho de que realicen actividades familiares, que dividan sus roles en la familia, y que se muestren públicamente como tal;
- e) el hecho de que formalicen obligaciones legales recíprocas por medio de testamentos, poderes, pólizas de seguros, o el realizar declaraciones que evidencien su calidad de pareja doméstica;
- f) el hecho de que se ocupen de los familiares de su pareja como si ellos fueran su familia por afinidad³⁵.

³⁴ Proposición de Ley de Medidas para la Igualdad Jurídica de las Parejas de Hecho, presentada por el Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida (iniciativa por Cataluña y publicada por la *Revista de Derecho Privado y Constitución*, N° 12, Madrid, 1998, ps. 359 y ss.).

³⁵ “Adler vs. Harris”, N. Y. City Civil CT, 24-3-99. Adler inició un procedimiento para recuperar la posesión de un departamento, ubicado en el Estado de Nueva York. Adler afirmaba que la demandada había tomado la posesión del inmueble con la autorización de la inquilina controlante, Nell Blaine, pero que ese permiso había de-

Vamos a analizar si, de acuerdo a cada una de estas definiciones de familia, la imposibilidad de contraer nupcias de los homosexuales vulnera su derecho a fundar una familia.

b) *Según las definiciones tradicionales de familia, la unión homosexual no es una familia, y la prohibición de casarse no vulnera el derecho personal a constituir una familia*

El razonamiento de los homosexuales referido a que la prohibición de contraer matrimonio vulnera su derecho a constituir una familia es errado, porque según el concepto tradicional la familia es el conjunto de personas unidas por lazos de parentesco (los homosexuales no los tienen) o por nexos de matrimonio, y hemos dicho que matrimonio es sólo la unión de un hombre y una mujer. Consecuentemente, la unión homosexual no constituye una familia.

Los homosexuales no tienen impedimento para contraer matrimonio con personas de otro sexo, ni tampoco están limitados para insertarse en una familia parental.

La relación homosexual puede ser respetada partiendo del derecho a la intimidad; puede ser regulada por sus participantes a partir del principio de la autonomía, que así como abarca los diferentes campos

saparecido con la muerte de la Sra. Blaine. La Sra. Harris había sido la pareja de la causante desde el año 1965 y compartía con ella el departamento desde el año 1967. Es por ello que respondió la demanda señalando que habiendo sido la "compañera de vida" de Nell, y habiendo convivido en su departamento durante treinta años, ella tenía derecho a continuar la locación de la difunta. En aval de su postura citó el artículo 9, sec. 2204.6 del Código de Locaciones, Rentas y Desalojos, el que establece que: "Ningún miembro de la familia del locatario puede ser desalojado si el inquilino ha alquilado la vivienda de manera continua y ese familiar ha residido en ella por lo menos durante dos años inmediatamente anteriores a la muerte del locatario o la ausencia prolongada del mismo".

La Corte Civil resaltó que tradicionalmente los derechos a continuar en la locación estaban limitados para los familiares más inmediatos. Sin embargo, luego de "Braschi vs. Stahl", las regulaciones fueron enmendadas de manera tal que hicieran extensivos esos derechos a miembros familiares "no convencionales". Los miembros familiares no convencionales son definidos en la nueva redacción como "cualquier otra persona que resida con el locatario como un locatario primario, que puede probar que entre él o ella y el locatario existe una interdependencia y un compromiso emocional y económico".

del Derecho también se refleja en el campo del Derecho de Familia. Pero no se puede incluir a las uniones homosexuales en instituciones que no fueron pensadas para ellas, en las cuales no pueden cumplir ni sus requisitos (heterosexualidad), ni sus fines (continuación de la especie, socialización de la prole, transmisión de valores culturales para las generaciones futuras).

c) *Según las modernas definiciones de familia, la unión homosexual puede ser considerada una familia; por ende, la imposibilidad de contraer matrimonio no impide la conformación de una familia*

Por el contrario, si partimos de las modernas concepciones de familia que no tienen base en el matrimonio sino en la unión convivencial, la protección solidaria, o la función unitiva, podemos concluir que la imposibilidad de contraer matrimonio no priva a los homosexuales de su derecho a constituir una familia, porque ésta existe *independientemente del hecho de la celebración del matrimonio*.

En 1989, en Nueva York, en el caso “Braschi vs. Stahl”, la Corte de Apelaciones reconoció para una pareja homosexual el derecho que a la familia se le da contra el desalojo forzoso, cuando el fallecido es titular del contrato de alquiler. La Corte entendió que no puede negarse a un individuo del mismo sexo que el titular, el beneficio de prórroga de contrato que se otorga a otras personas de diverso sexo en igual situación, porque el reclamante, por ser del mismo sexo que su compañero, no había podido ni usar la Ley de Matrimonio ni considerarse incluido en las previsiones de matrimonio, desde que el Derecho positivo de la región lo definía como heterosexual. La Corte fundamentó su sentencia diciendo que “el término familia no puede ser restringido rígidamente a las personas que han formalizado su relación obteniendo, por ejemplo, un certificado de matrimonio o una orden de adopción”. Por el contrario, la familia se origina en “la exclusividad y longevidad de la relación y el nivel de compromiso emocional y financiero”.

En conclusión, cualquiera sea el criterio de familia que se adopte, la prohibición de casarse impuesta a personas de igual sexo no les impide constituir una familia.

3. *Derecho a no ser discriminado*

A) *Instrumentos internacionales que lo contemplan*

a) *Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial*

De esta Convención extraemos el concepto de discriminación, que si bien fue pensado para la racial, es aplicable a todo tipo de discriminación.

El artículo 1º dispone: “En la presente Convención la expresión ‘discriminación racial’ denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico, que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública”.

b) *Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)*

Artículo 2º: “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, *sin distinción* alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.

La Declaración Universal de Derechos Humanos no utiliza la denominación “discriminación”, pero habla de la no distinción y establece el principio de la igualdad que es la base de la no discriminación.

c) *Pacto de San José de Costa Rica*

Artículo 1º. *Obligación de respetar los derechos*. “Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, *sin discriminación* alguna por motivos de raza, color, *sexo*, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Artículo 24. *Igualdad ante la ley*. “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia tienen derecho, *sin discriminación*, a igual protección de la ley”.

d) *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*

Artículo 2º, inciso 2: “Los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, *sin discriminación* alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

e) *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*

Artículo 2º: “Cada uno de los Estados partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, *sin distinción* alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

f) *Convención Europea de Derechos Humanos*

Artículo 14. *Prohibición de discriminación*. “El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la presente Convención debe ser asegurado, *sin distinción* alguna fundada sobre el sexo, la raza, el color, la lengua, las opiniones políticas, la religión, la pertenencia a una minoría nacional, la fortuna o toda otra situación”.

La prohibición a la no discriminación en la Convención Europea de Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales difiere de la regulada en los restantes tratados analizados, porque en la Convención de Roma el principio tiene una existencia autónoma³⁶.

³⁶ NOGUEROL, D., *Discriminations sexuelles et Droits européens*, Masson, Paris, 1993, ps. 43 y ss.

B) *La prohibición de celebrar matrimonio, ¿discrimina a los homosexuales?*

- a) *Las asociaciones "gays" sostienen que la prohibición de celebrar matrimonio a personas de igual sexo los discrimina porque les impide optar por una unión regulada por el Estado*

La Comunidad Homosexual Argentina considera que la prohibición de celebrar matrimonio entre personas de igual sexo los discrimina, porque acatar o no la Ley de Matrimonio implica aceptar o no al Estado como regulador de la unión en la que se entra. Esta opción está disponible a toda persona heterosexual adulta y capaz, pero le está vedada a la persona homosexual, porque la Ley de Matrimonio, vinculada con la maternidad de la mujer fecundada, en unión estable y permanente con el varón fecundante, es imposible para la unión que existe en las historias de vida de las personas homosexuales.

La CHA entiende que en cumplimiento de la Constitución Nacional, los pactos y el principio de igualdad ante la ley, la Argentina debería ofrecer a todo ciudadano la opción de que el Estado sea o no regulador de su unión de pareja aunque ésta sea homosexual. Argumenta la CHA que a los heterosexuales el Estado les regula la unión en el instituto del matrimonio, pero que la unión homosexual no está regulada por el Estado, y cree que tienen derecho a una regulación estatal de la unión homosexual.

El hecho de que el Estado solamente cumpla con esta obligación en el caso de los heterosexuales es discriminación, porque tal ejercicio de libertad le es negado a la persona homosexual.

En la Exposición de Motivos de la Ley de Partenariato se señala que es discriminatorio excluir a los homosexuales, en sus relaciones de pareja, de un beneficio del que gozan otros ciudadanos.

- b) *La prohibición de celebrar matrimonio a personas de igual sexo no es discriminatoria, porque no resulta arbitrario negarles el estatuto matrimonial a las parejas que no tienen iguales condiciones que los heterosexuales*

Todos los tribunales supremos que han analizado supuestos de dis-

crimación concuerdan en afirmar que no toda desigualdad es discriminación. Así lo ha dicho la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una opinión consultiva³⁷.

Por su parte, la Corte norteamericana ha resuelto que “el legislador no está inhabilitado para distinguir, por razones libradas a la discreción legislativa que los tribunales deben respetar, a menos de ser arbitrarias y hostilizantes contra personas o clases”³⁸.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina ha señalado que “la igualdad ante la ley significa que no se deben conceder excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se otorga en igualdad de condiciones a otros”³⁹, “de donde se sigue que la verdadera igualdad consiste en aplicar la ley a los casos ocurrientes según las diferencias”⁴⁰, “sin que ello impida que la legislación contemple en forma distinta situaciones que considera diferentes, cuando la discriminación no es arbitraria ni responde a un propósito de hostigamiento contra determinados individuos o clases de personas, ni encierra un indebido favor o privilegio personal o de grupo”⁴¹.

Siguiendo a Kiper y a Puccinelli⁴², de los fallos citados podemos extraer las siguientes reglas.

(i) *Debe tratarse de la misma manera a quienes se encuentran en idénticas circunstancias.* Los heterosexuales son diferentes a los homosexuales; por lo tanto, como sus circunstancias son distintas no existe discriminación en la prohibición de acceso a un instituto que está pensado para personas desiguales en su género.

“Pluralismo democrático, derecho a la identidad y derecho a la diferencia, hacen de bisagra con el derecho a la igualdad, porque éste

³⁷ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que “no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva de la dignidad humana” (citado en CSJN, “D. de P. V. A. c/O. C. H s/Impugnación de la paternidad”, E. D. N° 9903, p. 6).

³⁸ “Bells vs. Pensilvania”, 134 U. S. 232.

³⁹ CSJN, Fallos: 198:112.

⁴⁰ CSJN, Fallos: 16:118.

⁴¹ CSJN, Fallos: 182:355; 299:146; 300:1049; 301:1185; 302:192.

⁴² KIPER, *Derechos de las minorías ante la discriminación* cit., p. 114; PUCINELLI, *El principio de igualdad en Occidente. Alcances y perspectivas*, en E. D. 142-903.

presupone tomar en cuenta las situaciones distintas para adecuar en cada una y a cada una de ellas el ejercicio igualitario de todos los derechos personales, desde que nada lesiona tanto a la igualdad como deparar el mismo trato a quienes se hallan en situaciones disímiles, o no encarar éstas desde su diferencia”⁴³.

No se discrimina a los homosexuales al impedirles optar por aplicar a sus relaciones el estatuto matrimonial, porque el matrimonio está pensado para personas de diverso sexo que puedan contribuir a la socialización de la prole y a la continuación de la especie humana.

Tampoco se les impide la protección a la vejez, porque pueden contratar seguros privados, fondos de retiro, etcétera, en el marco de la autonomía de la voluntad, que es absolutamente respetada para quienes optan por vivir su sexualidad con personas de igual sexo.

(ii) *El legislador puede contemplar situaciones que considera diferentes y fijar tratamientos dispares.* Una norma es inconstitucional si la desigualdad que introduce carece de una justificación objetiva y razonable, basada en un interés constitucionalmente relevante, proporcionada respecto de su finalidad.

La norma que establece que el matrimonio debe celebrarse entre personas de distinto sexo tiene una justificación absolutamente objetiva y razonable, que consiste en el interés del Estado en privilegiar las uniones que tienden a continuar la especie, sirven para la procreación y dan base a la familia legítima; por lo tanto, el distinto tratamiento es proporcionado con respecto a su finalidad.

La familia extramatrimonial heterosexual tiene protección de diferente tipo; esta protección es sólo igualitaria con respecto a los hijos, en el resto el matrimonio siempre está privilegiado.

c) *Del carácter peyorativo del término discriminación y de su necesaria conceptualización*

Hay “que tener en cuenta que el término discriminación genera una reacción emocional de carácter negativo hacia una conducta o institución sin que se sepa a ciencia cierta cuál es la causa del vituperio,

⁴³ BIDART CAMPOS, Germán, *Casos de derechos humanos*, Ediar, Buenos Aires, 1997, p. 244.

ni tampoco qué aspecto o dimensión de esa conducta o institución es concretamente el que se vitupera. De este modo, nos encontramos en presencia de una palabra –y del concepto que ella significa– de una enorme difusión y virtualidad práctica y de una inversamente proporcional claridad significativa”⁴⁴.

Cuando los *gays* dicen que se los discrimina porque no pueden acceder al derecho a casarse buscan indicar que existe un sentimiento negativo, injusto, injustificado y denigrante hacia un grupo de personas. La mención de que son discriminados suscita inmediatamente simpatías hacia los discriminados y repulsa ante el acto discriminatorio, quizás porque el término discriminación se asocia automáticamente con las injustas persecuciones de las que fueron objeto los negros y los judíos.

Lo que hay que tener en cuenta fundamentalmente es que “es posible realizar distinciones de trato jurídico entre personas sobre la base de ciertas cualidades personales o naturales siempre y cuando esas distinciones resulten compatibles con la finalidad o finalidades intrínsecas del instituto, función o realidad práctica de que se trate en cada caso, ya que en estas situaciones las cualidades personales influyen decisivamente en la conducta de los sujetos y en la consiguiente posibilidad de alcanzar aquellas finalidades”⁴⁵.

En esta concepción no hay discriminación en impedir acceder a un instituto a quienes no pueden cumplir sus fines.

En conclusión, no se discrimina a los homosexuales si se les impide casarse porque no resulta arbitrario negarles el estatuto matrimonial a las parejas que no tienen iguales condiciones, ni pueden cumplir iguales finalidades que las heterosexuales.

4. Derecho a la intimidad

Se entiende por intimidad el ámbito comúnmente reservado de la vida, de las acciones, de los asuntos, de los sentimientos, creencias y

⁴⁴ MASSINI-CORREAS, Carlos I., *Algunas precisiones semánticas sobre la noción jurídica de discriminación*, en E. D. del 9-10-2000.

⁴⁵ Ídem nota anterior.

afecciones de un individuo o de una familia. Es lo más personal, interior o privado, lo que no se desea dar a conocer, ni dejarse ver, ni sentir⁴⁶.

El derecho a la intimidad es el que garantiza a su titular el desenvolvimiento de su vida y de su conducta dentro de aquel ámbito privado, sin injerencias ni intromisiones que puedan provenir de la autoridad o de terceros, y en tanto dicha conducta no ofenda al orden público y a la moral pública, ni perjudique a otras personas.

A) *Los instrumentos internacionales que lo contemplan*

a) *Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)*

Artículo 12: "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques".

⁴⁶ RIVERA, Julio César, *El derecho a la intimidad en la legislación y jurisprudencia comparadas*, en R. D. P. 1989-99; *Derecho Civil. Parte general. Temas*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987, t. I, p. 14; *Derecho a la intimidad*, en L. L. 1980-D-812; CIFUENTES, Santos, *El derecho a la intimidad*, en E. D. 57-835; FERREIRA RUBIO, Delia, *El derecho a la intimidad*, Universidad, Buenos Aires, 1982; ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Derecho a la intimidad*, Buenos Aires, 1982; VIDAL MARTÍNEZ, Jaime, *El derecho a la intimidad en la ley orgánica del 5-5-82*, Madrid, 1984; *La protección de la intimidad de la persona en el Derecho positivo español*, en R. D. 1980-775; BATLLE SALLES, Georgina, *El derecho a la intimidad privada y su regulación*, Alcoy, 1972; FARIÑAS MATONI, Luis María, *El derecho a la intimidad*, Madrid, 1983; FERNÁNDEZ, Milton, *Proteção civil da intimidade*, São Paulo, 1977; KAYSER, Pierre, *La protection de la vie privée dans les rapports entre l'Etat et les particuliers*, Paris, 1983; BESSONE, M. y GIACOBBE, G. (a cura di), *Il diritto alla riservatezza in Italia ed in Francia*, Padova, 1988; DÍAZ MOLINA, Iván M., *El derecho de "privacy" en el "common law" y en Derecho Civil (estudio comparativo)*, Boletín Fac. de Der. de la Univ. de Córdoba, año XXVII y *El derecho a la vida privada (una urgente necesidad moderna)*, en L. L. 126-981; KACEDAN, Basil, *El derecho a la intimidad*, trad. de Simón Steinberg, en *Revista del Colegio de Abogados de Rosario*, años 1932/33; LEOFANTI, María Antonia, *El derecho a la intimidad en la Argentina*, en L. L. 1975-B-1324; ORGAZ, Alfredo, *La ley sobre la intimidad*, en E. D. 60-928; GOLDENBERG, Isidoro, *La tutela jurídica de la vida privada*, en L. L. 1976-A-581; CABALLERO, José Severo, *Acciones privadas de los hombres y autoridad de los magistrados*, Buenos Aires, 1989.

b) *Pacto de San José de Costa Rica (1969)*

Artículo 11. *Protección de la honra y de la dignidad* [...] “2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

”3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

c) *Convención Europea de Derechos Humanos*

Artículo 8, inciso 1. *Derecho de respeto de la vida privada y familiar*. “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y su correspondencia”.

B) *La imposibilidad de contraer matrimonio, ¿violenta el derecho a la intimidad de los homosexuales?*

a) *Los homosexuales sostienen que la prohibición de contraer matrimonio vulnera su derecho a la vida privada porque limita la elección libre de un compañero sexual*

La elección individual y madura de un compañero sexual adulto resulta una decisión de carácter absolutamente íntimo y privado⁴⁷ que naturalmente debe estar protegida de cualquier tipo de intromisión y de penalidad⁴⁸.

De allí que se sostenga que la prohibición del derecho a casarse vulnera el derecho a la intimidad, porque limita la elección libre de un compañero sexual.

La vulneración al *right of privacy* es el fundamento último de los estudiosos norteamericanos para sostener el derecho al casamiento homosexual (*same-sex marriage*).

Pensamos que las leyes penales que sancionan la homosexualidad vulneran el derecho a la libertad de orientación sexual, porque importan una intromisión en la vida privada de los individuos; sin em-

⁴⁷ TRIBE, *Rights of privacy and personhood*, N° 15-21, *The future of privacy and personhood: sex and sexual orientation*, p. 1421.

⁴⁸ Ídem nota anterior.

bargo, la prohibición de contraer matrimonio no lo violenta, como lo explicaremos a continuación.

b) *El sistema de matrimonio heterosexual no constituye una intromisión en la vida privada de los individuos homosexuales*

El derecho al respeto a la vida privada contemplado por las convenciones de derechos humanos está destinado principalmente a evitar la injerencia del Estado en la vida privada de los ciudadanos, y no se advierte que el sistema de matrimonio heterosexual permita al Estado entrometerse en la vida privada de los homosexuales.

Quienes afirman el derecho a casarse pretenden un accionar positivo del Estado; no sólo que éste omita interferir (como en el caso de las leyes penales) sino que modifique el sistema matrimonial.

La Corte de Derechos Humanos de Europa ha dicho que “en el ámbito del accionar positivo el margen de apreciación de los Estados es mayor y las medidas positivas sólo son exigibles 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 demuestre que existe una violación del interés individual sin justificación común”⁴⁹.

Hay acuerdo en los Estados europeos y americanos en que el matrimonio es una institución reservada a los heterosexuales, por lo tanto, no puede entenderse que la falta de medidas positivas que permitan el casamiento a las personas de igual sexo constituya una vulneración al derecho a la intimidad.

Sostenemos, por lo tanto, que se debe respetar el derecho a la intimidad de los homosexuales, pero ello no basta para otorgarles el derecho a casarse, porque no pueden cumplir con los fines objetivos del matrimonio.

III. Constitución argentina

Hemos analizado los derechos humanos en los cuales los gays fun-

⁴⁹ Caso “Rees”, Corte de Derechos Humanos de Europa, ver una reseña en MEDINA, *Transexualidad. Evolución jurisprudencial en la Corte Europea de los Derechos del Hombre* cit.

dan su derecho a casarse en los tratados de derechos supranacionales; a continuación vamos a analizarlos en nuestra Constitución. Partiremos de los textos de la Constitución en los que están contenidos, para luego analizar cómo ha sido interpretado el derecho a casarse por nuestra Corte de Justicia; finalmente resolveremos el conflicto entre el derecho a la orientación sexual de la minoría homosexual y el derecho a casarse.

1. *Normas constitucionales*

El artículo 14 bis de la Constitución argentina dice: “En especial, la ley establecerá [...] la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna”.

El artículo 19 dispone: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

El artículo 20 establece que: “Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes...”

El artículo 43 dice: “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

”Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y

las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización...”

2. Interpretación de las normas constitucionales

Del juego armónico de estos artículos podemos deducir que la Constitución reformada en 1994 garantiza el derecho a la intimidad y a la vida privada, y como un corolario de éste y del derecho a la libertad nuestra Carta Magna asegura el derecho a la privacidad de las relaciones sexuales entre adultos y el más amplio derecho a la orientación sexual⁵⁰.

También podemos afirmar que la Constitución garantiza el derecho a casarse como un derecho individual y subjetivo, ya que el artículo 20 “menciona expresamente entre los derechos civiles reconocidos a los extranjeros, el de casarse conforme a las leyes. Dada la igualdad de status civil entre extranjeros y ciudadanos, el derecho de contraer matrimonio pertenece a todos los habitantes”⁵¹.

Del primero de los artículos surge la protección constitucional a la familia. Por otra parte parece indiscutible que dentro de sus cláusulas programáticas la Constitución establezca la obligación estatal de protección de la familia, pero por más amplia y extensa que entendamos esta protección no existe base constitucional para asegurar que cuando la Carta Magna habla de protección integral de la familia deba entenderse que tiene que existir un derecho de los homosexuales a casarse.

Es cierto que nuestra Ley Fundamental no define a la familia, pero en una interpretación integradora de ésta no puede dejar de entenderse que la familia a la que hace referencia es a la parental

⁵⁰ BIDART CAMPOS, Germán y ALBANESE, Susana, *Derecho Internacional, Derechos Humanos y Derecho Comunitario*, Ediar, Buenos Aires, 1998; BIDART CAMPOS, *Casos de derechos humanos* cit.; *El Derecho Constitucional humanitario*, Ediar, Buenos Aires, 1996; *Manual de la Constitución reformada*, Ediar, Buenos Aires, 1998; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y LÓPEZ CABANA, Roberto (dirs.), *Derechos y garantías en el siglo XXI*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999; y HERRENDORF, Daniel, *Los derechos humanos ante la justicia*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998; HITTERS, Juan Carlos, *Derecho Internacional de los derechos humanos*, Ediar, Buenos Aires, 1993, ts. I y II.

⁵¹ BIDART CAMPOS, *Manual de la Constitución reformada* cit., t. II, p. 76.

nacida de la unión de hombre y mujer, y no a la relación asociativa homosexual solidaria estable y pública.

Bidart Campos, al tratar el derecho a casarse de las minorías indígenas, enseña: "El proyecto personal de vida autorreferente, repele como derecho que es, toda compulsión que induzca a alguien a formar parte de un grupo o a mantenerse en él cuando decide abandonarlo por su propia voluntad. Por otro lado, cualquier estatuto sectorial que queda resguardado por el respeto al pluralismo, debe pleno acatamiento al orden constitucional que es de orden público eminente, y jamás puede conferir título o 'derecho' para prevalecer sobre la Constitución, los tratados y las leyes, su incardinación en el ordenamiento jurídico vigente no consiente reconocimiento alguno a reglas o normas que una minoría —o una asociación cualquiera— alegue judicialmente para formular oposición a aquel ordenamiento"⁵².

Trasladando lo antedicho por el constitucionalista citado, podemos afirmar que existe un *deber estatal de omisión* de respetar la idiosincrasia de la minoría homosexual, pero que esta minoría debe adecuarse al orden público vigente. La minoría o colectivo homosexual no se adecua al orden público constitucional cuando pretenden ejercer el derecho a casarse entre sí, porque las nupcias entre *gays* se muestran en colisión absoluta con el derecho a contraer matrimonio tal como la Constitución y los tratados lo garantizan, y ningún derecho de arraigo constitucional o internacional cede su prioridad frente a pretensiones de una colectividad o de un grupo minoritario por muy respetado que éste sea.

En definitiva, entendemos que las uniones homosexuales tienen en la protección al derecho a la vida privada y a la intimidad el fundamento constitucional necesario para el reconocimiento de la libre autodeterminación o, si se quiere, lo tienen en el derecho a la libertad. Pero dentro de los estándares jurídicos actuales no cuadra extender la protección constitucional familiar a las uniones homosexuales⁵³.

⁵² BIDART CAMPOS, *Casos de derechos humanos* cit., p. 245.

⁵³ Enseña Encarna Roca que en el Derecho español el derecho a contraer matrimonio deriva de la libertad y no está configurado como derecho fundamental, mientras que en Estados Unidos de América deriva de la privacidad y está constituido como derecho fundamental (*Familia y cambio social...* cit., p. 124).

3. *Único caso en que la Corte argentina declaró inconstitucional un límite al derecho a casarse. Caso "Sejean"*

La Corte Suprema de Justicia argentina registra un solo precedente en el cual declaró la inconstitucionalidad de una ley que establecía una prohibición para celebrar nuevo matrimonio; nos referimos a la Ley de Matrimonio Civil que impedía el divorcio vincular. Cabe recordar algunos de sus considerandos⁵⁴:

"1) Resulta procedente declarar la inconstitucionalidad del artículo 64 de la ley 2393 y de todas aquellas normas concordantes con ese texto legal en cuanto privan a los divorciados de la posibilidad de recuperar su aptitud nupcial. Ello así pues dicho artículo, junto con las disposiciones concordantes, quebrantan el sistema de libertades consagradas en la Constitución Nacional que gira alrededor de su artículo 19, al alterar en violación del artículo 28 de la Ley Fundamental, el derecho a casarse enunciado en el artículo 20, afectando los derechos estatuidos en los artículos 14 bis y 16, todos los cuales integran dicho sistema".

"9) El derecho a casarse se transforma, por la vía de su reglamentación en la ley 2393, en el único derecho asegurado por la Constitución Nacional que se agota en su ejercicio. Ello así, pues si alguien contrae matrimonio, es decir, ejerce el derecho a casarse, la ley impide que pueda contraer nuevo matrimonio luego de haberse divorciado, esto es, autoriza a concluir que el derecho a casarse que la Constitución garantiza en su artículo 20 sólo puede ejercerse una vez. De este modo, dicha reglamentación altera el derecho reglamentado en relación a todos los demás de rango constitucional, quebrantando la restricción que para la reglamentación estatuye el artículo 28 de la Constitución Nacional".

"10) Si una ley que reglamenta el ejercicio de un derecho constitucional, por la vía de precisarlo, lo transforma en absolutamente excepcional respecto de los demás, transforma su rango constitucional al sustraerlo al sistema de las libertades individuales del que forman parte todos los derechos constitucionales reconocidos a los habitantes del

⁵⁴ CSJN, 27-11-86, "Sejean, Juan c/Zaks de Sejean, Ana M."

suelo argentino. Y por este camino se altera el funcionamiento armónico de la garantía estructurada dentro del sistema de la libertad individual”.

“11) El artículo 19 de la Constitución Nacional impone límites a la actividad legislativa consistentes en exigir que no se prohíba una conducta que se desarrolle dentro de la esfera privada, entendida ésta, no como la de las acciones que se realizan en la intimidad, protegidas por el artículo 18, sino como la de aquellas que no ofendan al orden y a la moral pública, esto es, que no perjudiquen a terceros”.

“12) Una de las características de los derechos constitucionales es el de su permanencia, es decir, que no pierden validez por su ejercicio. Por ello, cualquier ley que imponga que alguno de esos derechos sólo puede ser ejercido una sola vez violaría el artículo 28 de la Constitución Nacional. Así, la ley 2393, al reglamentar el derecho a casarse produce esa consecuencia a su respecto, porque al establecer la indisolubilidad del vínculo convierte a aquél en el único derecho garantizado por la Constitución que se agota en su ejercicio. De tal forma, el derecho a casarse ha sido sometido a un tratamiento excepcional por vía reglamentaria, contrariando la naturaleza que por su rango ostenta”⁵⁵.

De los considerandos antes transcritos, preocupa el considerando 11, en cuanto a la aplicación que podría darse a esta doctrina en el caso del casamiento homosexual.

Por nuestra parte, en este punto concordamos con la minoría del caso “Sejean” cuando afirma que “la indisolubilidad del vínculo matrimonial en vida de los esposos no afecta los derechos de la personalidad, pues la institución matrimonial no trata simplemente de atender a los intereses privados de los individuos o al desarrollo de su personalidad, sino de regular actos que trascienden la esfera de su intimidad ya que se relacionan con la organización de la sociedad”⁵⁶.

Siguiendo este criterio consideramos que la imposibilidad de contraer matrimonio entre personas de sexo semejante no afecta los derechos de la personalidad, pues la institución matrimonial no trata simplemente de atender a los intereses privados de los individuos o al desarrollo de su

⁵⁵ HERRENDORF, *Los derechos humanos ante la justicia* cit., p. 377.

⁵⁶ HERRENDORF, ob. cit., p. 378.

personalidad, sino de regular actos que trascienden la esfera de su intimidad ya que se relacionan con la organización de la sociedad.

4. *Cómo resolver el conflicto entre el derecho a la orientación sexual de la minoría homosexual y el derecho a casarse*

Hemos reconocido que el derecho a casarse es un derecho humano básico y fundamental que se encuentra reconocido por la Constitución y los tratados fundamentales que se encuentran incorporados al Derecho interno.

Por otra parte, también hemos aceptado el derecho a la orientación sexual, o el derecho al proyecto de vida autorreferente personal, como desmembramiento del derecho a la privacidad y el derecho a la libertad. Podrá decirse que éstos no son derechos humanos básicos, pero consideramos que conviene seguir la orientación del Tribunal de Estrasburgo que “no se muestra partidario, en conjunto, de una lectura exegética, timorata o estrecha de las cláusulas que enuncian los derechos y libertades garantizados. En este sentido, hace constar el carácter puramente indicativo de la lista de los derechos”⁵⁷.

Además, debemos aceptar que dentro de una sociedad democrática y pluralista “el Estado debe respeto a las minorías que, precisamente, son tales por las diferencias que sin disgregarlas del todo social, las identifican con disparidades a veces muy acentuadas que merecen reconocimiento”⁵⁸.

Podría pensarse que existe un conflicto entre los derechos de la minoría homosexual de tener una determinada preferencia sexual y el derecho a casarse como lo hemos definido. En este conflicto, ¿cuál es el derecho que debe primar?

La respuesta es el naturalmente más valorado. En este sentido enseña Miguel Ekmekdjian que un bien máspreciado será naturalmente más defendido frente a otros a los que se tiene menor estima⁵⁹.

⁵⁷ GORDILLO, Agustín, *La supranacionalidad operativa de los derechos humanos, en Derechos y garantías en el siglo XXI* cit., p. 97.

⁵⁸ BIDART CAMPOS, *Casos de derechos humanos* cit., p. 245.

⁵⁹ EKMEKDJIAN, Miguel, *De nuevo sobre el orden jerárquico de los derechos civiles*, en E. D. 114-945; *Nuevas reflexiones acerca del orden jerárquico de los derechos individuales*, en E. D. 117-895; *El derecho a la dignidad y el orden jerárquico de*

Siguiendo este razonamiento, nos parece más valioso el mantenimiento del derecho a casarse tal como se encuentra formulado, que permitir el matrimonio homosexual, porque de esta manera se respeta la esencia natural del matrimonio que es una institución destinada a la continuación de la especie y a la educación de los hijos. Este fundamento parte de haber aceptado la concepción clásica de los derechos humanos y admitido la ley natural como aquella proposición universal del entendimiento práctico que la razón humana formula a partir del conocimiento del orden inmanente en la realidad de las cosas. Y la realidad indica que el derecho al matrimonio se vincula necesariamente con el deber de la educación y manutención de los hijos.

Pero aun cuando no se aceptase esta doctrina y se adhiriese a la doctrina y la jurisprudencia generalizadas que sostienen que los derechos constitucionales tienen igual jerarquía y la interpretación debe armonizarlos⁶⁰, la solución sería la misma, porque en orden a armonizar los derechos de los homosexuales y el derecho a casarse consideramos que los homosexuales tienen el respeto a su vida privada, a su intimidad, a la libre autodeterminación en cuanto a su preferencia sexual y que le está prohibido al Estado entrometerse en la vida privada de los individuos que hayan optado por formar una pareja sexual homóloga, pero el Estado no puede ser obligado a extender a la pareja homosexual los derechos de las parejas heterosexuales en orden a contraer matrimonio.

IV. Conclusiones

1. El derecho a casarse es el derecho a institucionalizar una unión intersexual monogámica para fundar una familia legítima.

los derechos individuales en los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de Derechos Civiles y Políticos, aprobados por ley 23.313, en E. D. 119-937. En contra de la jerarquía de los derechos civiles ver BIDART CAMPOS, Germán, ¿Hay un orden jerárquico en los derechos personales?, en E. D. 116-800.

⁶⁰ Así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado que: "la jurisprudencia de esta Corte ha establecido que los derechos fundados en cualquiera de las cláusulas de la Constitución Nacional tienen igual jerarquía, por lo que la interpretación debe armonizarlas, ya sea que versen sobre los llamados derechos individuales o sobre atribuciones estatales" (CSJN, *Fallos*: 255-293; 258-267, con sus citas, 21-3-66, *in re* "Dri, A. c/Gob. nacional", L. L. 123-156).

2. Cualquiera que sea el método de interpretación que se utilice —gramatical, sociológico, teleológico, lógico o integrador—, el derecho a casarse reconocido por los instrumentos internacionales, la Constitución Nacional y las leyes no puede ser extendido a personas de igual sexo.

3. El derecho humano a casarse admite reglamentaciones limitativas, siempre que no sean arbitrarias ni desnaturalicen su esencia.

4. La limitación consistente en que el matrimonio sólo puede ser celebrado por personas de diferente sexo no es arbitraria porque existen razones de orden sociológico, histórico, demográfico, económico y de bien común que la justifican.

5. La limitación de la celebración del matrimonio entre personas de distinto sexo no afecta los derechos de la personalidad de los homosexuales, puesto que la institución matrimonial no trata simplemente de atender a los intereses privados de los individuos o al desarrollo de su personalidad, sino de regular actos que trascienden la esfera de la intimidad en cuanto se relacionan con la organización de la sociedad.

6. En definitiva, la restricción del matrimonio a las personas de distinto sexo no desconoce derechos reconocidos por la Constitución Nacional por sí y a través de los instrumentos de derechos humanos; por lo tanto, la regla de Derecho positivo infraconstitucional que exige diversidad de sexos no es inconstitucional.