

## CAPÍTULO V

### ¿EXISTEN RAZONES QUE JUSTIFIQUEN CAMBIAR LA LEGISLACIÓN POSITIVA PARA PERMITIR QUE LOS HOMOSEXUALES SE CASEN ENTRE SÍ?

.....	231
I. Introducción .....	232
II. Tesis positiva .....	234
1. La prohibición de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo implica una “discriminación en razón del sexo” ...	234
2. La legislación positiva al prohibir el matrimonio homosexual implícitamente reconoce la facultad estatal de permitirlo .....	236
3. La prohibición de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo impide a las parejas homosexuales obtener una protección igual que las que gozan las parejas heterosexuales ..	237
4. La prohibición de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo es “contraria al pluralismo” .....	240
5. El argumento de la “tradición no justifica la prohibición” de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo .....	241
6. La prohibición de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo provoca el “abuso de otros institutos como la adopción” .....	243
7. El impedir el matrimonio homosexual es contrario al interés del menor .....	245
8. El fin del matrimonio no es la procreación .....	246
9. El derecho a casarse no es “sólo” otorgado a personas que puedan procrear entre sí. ....	248
III. Respuesta a la tesis positiva .....	250
1. La prohibición de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo no implica una discriminación en razón del sexo porque es razonable. ....	251
A) No hay discriminación porque no hay situaciones iguales. ....	251
B) No hay discriminación porque no hay arbitrariedad. ....	254
2. La existencia de una prohibición legal no lleva siempre implícita la regla de la permisibilidad .....	256

3. El permitir a los homosexuales casarse o equiparar las uniones homosexuales a los matrimonios heterosexuales en todos los planos es inconstitucional . . . . .	257
4. La prohibición de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo no es contraria al pluralismo . . . . .	259
5. El requisito de la heterosexualidad para contraer matrimonio no es contrario al principio de igualdad familiar . . . . .	260
6. El abuso de otros institutos como la adopción no justifica la desnaturalización del matrimonio . . . . .	262
7. El permitir el matrimonio homosexual es contrario al interés del menor . . . . .	262
8. Uno de los fines del matrimonio es la procreación . . . . .	264
9. Las parejas homosexuales no pueden cumplir con la totalidad de los fines del matrimonio . . . . .	268
10. La falacia del hambre como argumento insustentable . . . . .	269
11. Equiparar el matrimonio a las uniones homosexuales es asimilar lo que no resulta asimilable . . . . .	269
IV. Inconstitucionalidad de la ley que permita el matrimonio homosexual . . . . .	270

## CAPÍTULO V

# ¿EXISTEN RAZONES QUE JUSTIFIQUEN CAMBIAR LA LEGISLACIÓN POSITIVA PARA PERMITIR QUE LOS HOMOSEXUALES SE CASEN ENTRE SÍ?

SUMARIO: I. Introducción. II. Tesis positiva. 1. La prohibición de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo implica una *discriminación en razón del sexo*. 2. La legislación positiva al prohibir el matrimonio homosexual implícitamente reconoce la facultad estatal de permitirlo. 3. La prohibición de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo impide a las parejas homosexuales obtener una protección igual que las que gozan las parejas heterosexuales. 4. La prohibición de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo es *contraria al pluralismo*. 5. El argumento de la *tradición no justifica la prohibición* de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo. 6. La prohibición de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo provoca el *abuso de otros institutos como la adopción*. 7. El impedir el matrimonio homosexual es contrario al interés del menor. 8. El fin del matrimonio no es la procreación. 9. El derecho a casarse no es *sólo* otorgado a personas que puedan procrear entre sí. III. Respuesta a la tesis positiva. 1. La prohibición de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo no implica una discriminación en razón del sexo porque es razonable. A) No hay discriminación porque no hay situaciones iguales. B) No hay discriminación porque no hay arbitrariedad. 2. La existencia de una prohibición legal no lleva siempre implícita la regla de la permisibilidad. 3. El permitir a los homosexuales casarse o equiparar las uniones homosexuales a los matrimonios heterosexuales en todos los planos es inconstitucional. 4. La prohibición de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo no es contraria al pluralismo. 5. El requisito de la heterosexualidad para contraer matrimonio no es contrario al principio de igualdad familiar. 6. El abuso de otros institutos como la adopción no justifica la desnaturalización del matrimonio. 7. El permitir el matrimonio homosexual es contrario al interés del menor. 8. Uno de los fines del matrimonio es la procreación. 9. Las parejas homosexuales no pueden cumplir con la totalidad de los fines del matrimonio. 10. La falacia del hambre como argumento insustentable. 11. Equiparar el matrimonio a las uniones homosexuales es asimilar lo que no resulta asimilable. IV. Inconstitucionalidad de la ley que permita el matrimonio homosexual.

## I. Introducción

En el capítulo anterior hemos concluido que 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 tratados de derechos humanos, y hemos afirmado que la regla del Derecho positivo infraconstitucional que exige diversidad de sexos no es inconstitucional.

Creemos que demostrar que no es inconstitucional la prohibición de celebrar matrimonios entre personas de diferente sexo es insuficiente, porque sólo da una respuesta válida al juez si se cuestiona en sede judicial la constitucionalidad de la imposibilidad de celebrar un casamiento homosexual, pero no al legislador si se pretende cambiar el Derecho positivo.

Estamos convencidos de que en algunos casos una ley positiva que establezca una restricción a un derecho humano aunque sea constitucional puede ser cambiada por otra norma infraconstitucional igualmente válida; por ejemplo, en cuanto la CSJN ha sostenido la constitucionalidad de la restricción de los militares para celebrar matrimonio, consideramos que si tal restricción se eliminara la norma sería igualmente constitucional. Lo mismo aconteció con la Ley de Matrimonio Civil en cuanto prohibía el divorcio vincular; durante años fue considerada constitucional, hasta que fue modificada por otra norma que establece la posibilidad de divorciarse vincularmente, cuya constitucionalidad nadie discute<sup>1</sup>.

Llevados estos razonamientos al tema de nuestro estudio, cabría preguntarse si no obstante que la prohibición de celebrar matrimonio homosexual es constitucional, existen argumentos que justifiquen cambiar el Derecho positivo infraconstitucional, y si la nueva norma soportaría el test de constitucionalidad.

En el estudio del Derecho Comparado hemos advertido que la cuestión del matrimonio homosexual se plantea por dos vías diferentes:

<sup>1</sup> Es cierto que la aceptación del divorcio vincular en la legislación positiva vigente vino precedida de una declaración de inconstitucionalidad en el caso "Sejean c/Sejean" (CSJN, 27-11-86), pero podría haber cambiado la legislación sin tal decisión porque existía consenso en los miembros del Poder Legislativo.

reformas legislativas por decisión de los representantes de la mayoría o planteos de inconstitucionalidad frente a los tribunales.

Las reformas legislativas han sido el camino seguido por los países del sistema del Derecho continental europeo, mientras que en los países del *case law* se observa que la estrategia de los homosexuales es realizar planteos de inconstitucionalidad de las leyes que les prohíben casarse<sup>2</sup>, que en algunos casos, como en Vermont o en Canadá, han provocado las reformas legislativas.

Si nuestro país siguiera el camino de los países del sistema continental europeo la cuestión que estamos tratando sería planteada parlamentariamente y debería debatirse en el Congreso. No podemos dejar de advertir la similitud del sistema jurídico argentino con el sistema jurídico francés, y hemos estudiado que en él la Corte de Casación nunca admitió el reconocimiento legal de las parejas homosexuales estables, ni siquiera en ámbitos sensibles como el de la salud pública. Todas las reformas francesas vinieron de la mano de cambios legislativos.

Lo antedicho nos convence de que es posible que en la Argentina la cuestión de la equiparación de la unión homosexual con el matrimonio heterosexual se plantee en el ámbito legislativo.

Por lo tanto lo que nos proponemos hacer en el presente capítulo es tratar de demostrar que no existen argumentos que justifiquen cambiar el Derecho positivo infraconstitucional atribuyendo a los homosexuales el derecho a casarse.

A tal fin vamos a enumerar detalladamente los argumentos de quienes sostienen que los homosexuales tienen derecho a casarse. Algunos ya han sido insinuados en los capítulos anteriores, ya sea al co-

<sup>2</sup> Tal estrategia fue aceptada explícitamente en el Congreso de julio de 1999 realizado en la Facultad de Derecho del King's College de Londres para debatir sobre "El reconocimiento legal de las parejas homosexuales estables", donde se afirmó que la estrategia eficaz para lograr el reconocimiento legal de las parejas homosexuales estables en EE. UU. es plantear la inconstitucionalidad ante las Cortes. Consideramos que ello se debe a que la mayoría de la población no acepta tal reconocimiento; por ello la mayoría de las leyes son contrarias al casamiento homosexual. Salvo en algunos Estados donde obtuvieron una sentencia judicial de inconstitucionalidad, que provocó una reforma legislativa.

mentar la jurisprudencia o al hablar de los derechos humanos comprometidos; no obstante preferimos, previo a expresar nuestras conclusiones, enunciar ordenadamente todas las razones dadas por los sostenedores de la posibilidad del matrimonio *gay* para poder luego replicarlas.

## II. Tesis positiva

### 1. *La prohibición de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo implica una "discriminación en razón del sexo"*

Quienes sostienen que los homosexuales tienen derecho a casarse consideran que la prohibición del matrimonio homosexual contiene una prohibición irrazonable que encierra una discriminación en razón del sexo.

Cabe recordar que en el precedente "Baher vs. Levin" la mayoría de la Corte de Hawai entendió que la prohibición de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo envolvía una discriminación por razón del sexo y que el Estado debía fundamentar cuál era la razón superior que justificara tal diferenciación<sup>3</sup>.

El caso fue enviado al Tribunal de Gran Instancia de Honolulu para que determinara si el interés estatal estaba justificado y éste consideró que el Estado no había demostrado cuáles eran las razones de orden público que justificaran esa diferenciación<sup>4</sup>.

Por el contrario, la Corte de Derechos Humanos de Estrasburgo en el caso de los transexuales consideró que no existe discriminación en razón del sexo, porque los homosexuales tienen derecho a casarse con un ser de otro género; es decir: no es que no tengan derecho a contraer matrimonio, sino que pueden hacerlo pero con alguno de su sexo contrario, y que esta regla rige para todos<sup>5</sup>.

El principio de Derecho es que cualquier hombre puede casarse con cualquier mujer y cualquier mujer puede casarse con cualquier

<sup>3</sup> KRAMER, Larry, *Same-sex marriage, conflict of laws and the unconstitutional public policy exception*, en *Yale Law Journal* 1997-3-1965.

<sup>4</sup> ERRANTE, *Le mariage homosexuel aux États Unis...* cit., ps. 295 y ss.

<sup>5</sup> MEDINA, *Transexualidad: Evolución...* cit.

hombre. Mientras que ninguna mujer puede casarse con otra mujer, ni ningún hombre puede hacerlo con otro hombre.

De la regla antes expresada no se advierte ninguna discriminación en razón del sexo, puesto que contiene iguales previsiones para ambos géneros sexuales.

No obstante lo cual se ha sostenido que esta regla es arbitraria y que fue la misma que utilizó el Estado de Virginia en la defensa que realizó en el precedente "Loving vs. Virginia", en el que se juzgó la prohibición de los casamientos interraciales<sup>6</sup>.

Para sostener la no discriminación de la prohibición de matrimonio entre razas el Estado de Virginia mantenía iguales fundamentos que los dados para decir que no hay discriminación en razón del sexo en la prohibición de los matrimonios homosexuales.

El razonamiento del Estado de Virginia era que todos los negros podían casarse entre sí y que todos los blancos podían hacerlo entre sí, que ningún blanco podía casarse con un negro y que ningún negro podía hacerlo con un blanco, por lo que concluían afirmando que no existía discriminación alguna en razón de la raza, ya que la prohibición regía por igual para ambas. A esta doctrina se la llamó "separados pero iguales".

En este *leading case* la Suprema Corte de los Estados Unidos de América señaló que el hecho de que las clasificaciones raciales fueran aplicadas de igual forma no excluía un examen riguroso sobre las razones dadas para determinar si la prohibición era arbitraria. Y que no existía razón legítima alguna que explicara la prohibición del casamiento interracial, por lo que la ley de Virginia fue considerada inconstitucional.

Rescatamos de este argumento que no basta decir que la prohibición es aplicada por igual a todos los géneros sexuales, sino que hay que investigar si las razones dadas justifican la diferenciación.

Quiere decir que lo que configura el meollo de la cuestión planteada no es tanto la igual aplicación de la prohibición, cuanto saber si tal prohibición es arbitraria o razonable.

Los *gays* insisten en argumentar que hay discriminación, porque

<sup>6</sup> "Loving vs. Virginia", 388 U. S. 581 (1967).

decir que se pueden casar todas las mujeres con todos los hombres, y que a ningún hombre le es permitido casarse con otro hombre y a ninguna mujer le es permitido hacerlo con otra mujer es sostener “*separate but equals*”, y recuerda Fayt a la observación de Anatole France: “La ley en su majestuosa igualdad prohíbe a los ricos, tanto como a los pobres, dormir bajo los puentes, mendigar en las calles y robar pan”<sup>7</sup>.

## 2. *La legislación positiva al prohibir el matrimonio homosexual implícitamente reconoce la facultad estatal de permitirlo*

Algunos sostenedores de la tesis positiva consideran que la prohibición legislativa del matrimonio homosexual implícitamente reconoce la facultad estatal de aceptarlo.

Strasser pone el ejemplo del Estatuto de Texas, que establece que “una licencia para casarse no puede ser otorgada a personas del mismo sexo”. Esto implica que a las parejas de homosexuales no se les concede licencia para celebrar matrimonio. Pero, implícitamente, la existencia de esta prohibición sugiere que estos matrimonios pueden no estar prohibidos<sup>8</sup>.

Además, Strasser resalta que el Estatuto de Utah establece que el “matrimonio entre dos personas del mismo sexo está prohibido” y que esta prohibición sugiere que conceptualmente el matrimonio entre personas de igual sexo es posible si la legislación lo permite<sup>9</sup>.

Para Strasser lo mismo ocurre en las leyes de Maryland; cuando se dice que “únicamente el matrimonio entre hombre y mujer es válido para el Estado de Maryland” se infiere que el matrimonio entre hombre y hombre es conceptualmente posible y que es una decisión legislativa el reconocerlo o no reconocerlo.

En definitiva, de la prohibición del derecho a casarse entre homosexuales deduce la posibilidad de hacerlo, puesto que de no ser esto

<sup>7</sup> FRANCE, Anatole, *Le lys rouge*, Cap. 7, citado por Fayt en su voto en CSJN, 22-11-91, “Comunidad Homosexual Argentina”, L. L. 1991-E-714.

<sup>8</sup> STRASSER, *Legally wed, same-sex marriage and the Constitution* cit., p. 15 (Mark Strasser es profesor de Derecho asociado a Capital University, Columbus, Ohio).

<sup>9</sup> STRASSER, *Legally wed...* cit., p. 16.

posible no se requeriría la prohibición. Lo que el autor quiere decir es que si la ley considera necesario prohibirlo de modo expreso es porque, en principio, está permitido; sólo está prohibido porque así la ley lo decidió; pero si nada dijese habría que estimar que está permitido.

3. *La prohibición de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo impide a las parejas homosexuales obtener una protección igual que las que gozan las parejas heterosexuales*

Como los homosexuales no tienen el derecho de elegir entre contraer y no contraer matrimonio entre ellos, sienten que se le cercena un derecho fundamental humano y básico, cual es el de casarse. Con lo cual se les impide gozar del estatuto matrimonial y de sus efectos. *Efectos que, como no todos dependen de la voluntad de los particulares, no pueden ser previstos en el estatuto asociativo, que pueden fijar para reglamentar su pareja.*

*Este punto es muy importante, porque individualmente los homosexuales pueden regular y prever algunos riesgos de la vida, y en forma consensual lograr efectos similares a los matrimoniales; pero como el matrimonio como institución goza del favor estatal no pueden equiparar todos sus efectos<sup>10</sup>.*

Veamos cuáles son los derechos de que se ven privados en razón de no poder casarse, para lo cual habrá que repasar cuáles son los efectos del matrimonio.

*Derecho Privado.*

*Parte general:*

1. Derecho a ser designado tutor del incapaz.
2. Custodia del cadáver.
3. De la memoria de los muertos.
4. Del honor.
5. Derecho al nombre.

<sup>10</sup> En la revista *Advocato* del 23-5-2000 se afirma que en el Estado de Vermont hay más de trescientas normas que prevén beneficios sólo para las parejas casadas y que las leyes federales de Estados Unidos de América prevén más de mil beneficios para las parejas casadas (*State of the unions*, p. 57).

6. Derecho a continuar usando el apellido después del divorcio y después de la muerte.

7. Variación del estado civil.

8. Bien de familia.

9. Capacidad para iniciar la acción de prodigalidad.

10. Donación de órganos.

11. Ausencia con presunción de fallecimiento.

12. Representación del ausente:

*Obligaciones:*

13. Interrupción del plazo de la prescripción entre cónyuges.

14. Legitimación para reclamar el daño moral.

*Contratos:*

15. Prohibición de celebración del contrato de donación, compra-venta y permuta.

16. Prohibición de celebración de sociedades de capital y obligación de las sociedades de transformarse en el supuesto en que los cónyuges adquieran esa calidad durante seis meses.

17. Liberación de la obligación de rendir cuentas en el régimen del mandato.

18. Continuación de la locación en caso de muerte del cónyuge locatario.

*Patrimoniales:*

19. Régimen de división de bienes a la disolución de la sociedad conyugal, según las reglas obligatorias de la comunidad de gananciales.

20. Régimen especial de deudas durante la vigencia de la sociedad conyugal y responsabilidad solidaria frente a terceros por deudas comunes.

*Familiares:*

21. Derecho de alimentos.

22. Carencia de obligación de mantener a los hijos del otro conviviente.

23. Establecimientos de lazos parentales.

24. Impedimentos matrimoniales en razón de parentesco por afinidad a la disolución del matrimonio.

25. Obligaciones personales derivadas del matrimonio (domicilio, convivencia, asistencia material y espiritual) y sanciones por su incumplimiento.

26. Acceso a las técnicas de fecundación asistida.

27. Adopción.

28. Divorcio.

29. Nulidad de matrimonio.

*Sucesiones:*

30. Concurrencia con hijos en la sucesión ab intestato.

31. Concurrencia con ascendientes en la sucesión ab intestato.

32. Exclusión de los colaterales en la sucesión ab intestato.

33. Nuera viuda sin hijos.

34. Derecho real de habitación del cónyuge superviviente.

35. Indivisión hereditaria.

36. Derecho preferencial a ser nombrado administrador de la sucesión.

37. Imposibilidad de ser testigo en testamento.

38. Imposibilidad de ser escribano en los testamentos.

*Penales:*

39. Violencia familiar.

40. El matrimonio como agravante de la pena.

41. El matrimonio como atenuante de la pena.

42. La violación.

43. Emoción violenta.

44. Delitos contra la honestidad del cónyuge.

45. Expulsión del conviviente del hogar común. Usurpación.

46. El derecho a las visitas íntimas en las cárceles.

*Procesales:*

47. Causal de recusación o de excusación de los magistrados y otros funcionarios judiciales.

48. Prueba del matrimonio mediante partidas.

49. Testigos.

50. Domicilio fiscal.

51. Intervención del Ministerio Fiscal.

52. Competencia especial en procesos de divorcio, no así en la disolución de sociedades de hecho entre convivientes.

*Laboral:*

53. Licencia por matrimonio.

54. Licencia por cuidado de familiar enfermo.

55. Licencia por fallecimiento.

*Seguridad social:*

56. Indemnizaciones por muerte.

57. Pensiones.

58. Salario familiar.

59. Obra social.

60. Prerrogativas especiales a cónyuges como pasajes gratis en determinadas aerolíneas.

4. *La prohibición de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo es "contraria al pluralismo"*

En una sociedad democrática y pluralista, el poder público tiene el deber de respetar y tolerar a las minorías, entre las cuales se encuentra la minoría homosexual, y en virtud de esa obligación debe reconocer uniones diferentes, modelos de familias distintas y aceptar la existencia de la pareja homosexual.

Tal como dijo el juez Frankfurter, glosando al juez Holmes, la piedra filosofal que debe ser utilizada para resolver los conflictos "...es la convicción de que nuestro sistema constitucional descansa en la tolerancia y que su principal enemigo es el absoluto"<sup>11</sup>.

En un verdadero pluralismo no basta con aceptar y tolerar la unión convivencial pública entre dos personas de igual sexo, ya que esa tolerancia en verdad no acepta plurales formas de familia o no incluye dentro de sus plurales formas de familia la familia homosexual, al negarle obtener ese status por el matrimonio.

En esta línea de pensamiento se dice que la tolerancia de la homosexualidad es necesaria, pero no suficiente en una concepción pluralista.

De admitirse un único matrimonio —el heterosexual—, en verdad en

<sup>11</sup> FRANKFURTER, Félix, *Law and politics*, 2ª ed., New York, 1939, p. 36.

términos matrimoniales se acepta un modelo *singular* y no un modelo *plural*, ya que no se respeta el matrimonio diferente y en definitiva no se otorga con toda su amplitud “el derecho a ser diferente”.

La negativa al matrimonio homosexual importa la no aceptación de un sistema plural, porque éste *requiere proveer de medidas positivas a la unión homosexual para que ésta se emplace en condiciones aptas para subsistir con su estilo y su idiosincrasia para lograr cumplir con su proyecto personal de vida autorreferente*.

En una sociedad como la contemporánea, que se ha liberado de los prejuicios infundados contra la homosexualidad al punto de banalizarlos; en una sociedad que ha marginalizado la ética católica de considerar a la homosexualidad un pecado *contra natura* y que ha elaborado una interpretación de la sexualidad polimórfica; en una sociedad que ha devenido hipersensible y reactiva contra la discriminación social de la homosexualidad, no se puede aceptar un modelo unitario de matrimonio heterosexual.

En definitiva, el “modelo pluralista de familia” no admite la perspectiva “tradicional” que acepta la “familia singular” fundada en un concepto unívoco de matrimonio entendido como la unión estable de dos individuos de diverso sexo<sup>12</sup>.

##### 5. *El argumento de la “tradicción no justifica la prohibición” de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo*

Uno de los fundamentos más utilizado, para denegar el derecho a casarse a personas de sexo semejante es que:

- Tradicionalmente el matrimonio ha sido la unión de dos personas de diferente sexos.
- Desde el comienzo de la historia de la humanidad el matrimonio es la unión heterosexual.
- Años de historia avalan que el matrimonio es la unión de hombre y mujer.
- Históricamente se ha admitido que sólo los diferentes en su sexo se pueden unir en matrimonio.

<sup>12</sup> D’AGOSTINO, Francesco, *Matrimoni tra omosessuali*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 139.

Quienes sostienen una tesis positiva a favor de la homosexualidad entienden que no es suficiente decir que tradicionalmente el matrimonio es la unión de un hombre y una mujer.

Señala Strasser que el argumento de la tradición no es válido porque, hasta 1967, el mismo argumento era utilizado para impedir las uniones interraciales, diciendo que por definición el matrimonio era la unión de dos personas de igual raza. Manifiesta Strasser que una de las lecciones que hemos aprendido de la historia de la discriminación racial es que un largo período histórico no justifica la legitimidad de las definiciones estatales o policiales<sup>13</sup>.

Otro ejemplo de que la tradición no basta en el supuesto del matrimonio viene dado con el fallo de nuestra Corte Suprema en el caso "Sejean", donde no se admitió como válido el hecho que tradicionalmente el matrimonio fuera considerado como indisoluble; para la Corte no bastaron más de ciento treinta años de vigencia para declarar la inconstitucionalidad de la Ley de Matrimonio Civil, en cuanto ésta impedía el divorcio vincular.

Al comentar el caso "Sejean", Daniel Herrendorf señaló: "En ese caso, la Corte asumió un criterio de justicia emparentado con el concepto de justicia egológica como posibilidad situacional, que es la reflexión derivada de la fenomenología trascendental de la conducta en su inflexión con los valores puros.

"La decisión de contemplar una situación social concreta que es vivida por la sociedad con profundo dramatismo está señalando cómo los jueces fueron a las cosas mismas para encontrar en ellas lo que buscaban como verdad jurídica.

"Este ver la conducta humana como derecho y desactivar el carácter de derecho que el normativismo le adjudica a las normas, es el descubrimiento egológico que alteró muchos siglos de reflexión jurídica"<sup>14</sup>.

Aplicando este razonamiento al matrimonio homosexual podría decirse que los jueces no pueden recurrir al argumento de la tradición para juzgar la inconstitucionalidad de las leyes que prohíben el ma-

<sup>13</sup> STRASSER, *Legally wed...* cit., p. 6.

<sup>14</sup> HERRENDORF, *Los derechos humanos ante la justicia...* cit., p. 380.

trrimonio homosexual, sino que deben ver la conducta de dimensión plural, advertir la envergadura del problema axiológico, y permitir el matrimonio entre personas de igual sexo por ser ésta la mejor solución para la situación coexistencial concreta, ya que es la que les brindará mejor posibilidad de desarrollarse para seguir una vida feliz.

Para los propiciadores del matrimonio *gay*, la conducta de la pareja homosexual tiene un valor en sí misma, una coexistencia efectiva que no está en las normas, y que se encuentra bloqueada por la prohibición tradicional de contraer nuevas nupcias.

Como el argumento de la tradición no es válido, el Derecho tiene que tener un contacto efectivo con la realidad inexcusable y admitir el matrimonio homosexual.

#### 6. *La prohibición de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo provoca el "abuso de otros institutos como la adopción"*

Al impedir que los homosexuales contraigan matrimonio se les coartan los cien o más efectos que éste produce entre los contrayentes del matrimonio.

Para obtener similares prerrogativas que aquellas que el Estado brinda a las parejas casadas los *gays* buscan acceder a institutos que estén también protegidos por el poder público, como forma elíptica para obtener el reconocimiento estatal de la relación afectiva y estable de los miembros de la pareja homosexual<sup>15</sup>.

Lo que intentan los compañeros homosexuales es constituir una familia o lograr el status familiar y los derechos-deberes que surgen de la familia; como el camino del matrimonio les es denegado muchas veces deben explorar otras avenidas para asegurar el reconocimiento legal de sus relaciones. Por ejemplo, algunos han buscado obtener el emplazamiento familiar mediante el mecanismo de la adopción del mayor de edad<sup>16</sup>.

En Estados Unidos se ha buscado utilizar la adopción para crear

<sup>15</sup> Este argumento fue desarrollado por el Tribunal de Frankfurt para otorgar derecho a casarse a los homosexuales. LÖSING, *¿Discriminación o diferenciación?...* cit., p. 115.

<sup>16</sup> STRASSER, *Legally wed...* cit., p. 6.

lazos familiares entre compañeros homosexuales, sosteniendo que la adopción sirve como un mecanismo legal para cumplir objetivos económicos, sociales y políticos.

Siguiendo este razonamiento, se ha dicho que la adopción del compañero homosexual cumple con los siguientes *objetivos*:

- (i) *Económicos*, porque otorga al conviviente los beneficios económicos en caso de riesgo de su compañero;
- (ii) *políticos*, porque promociona iguales derechos para los individuos, *gays*, lesbianas y bisexuales;
- (iii) *sociales*, porque cambia el nivel social personal.

Sin embargo, la Corte de Nueva York entendió que la adopción de un adulto no es posible cuando sus propósitos son insinceros o fraudulentos. Además, en el caso "Robert, Paul P. por adopción" señaló que la adopción de un adulto no es un instrumento cuasimatrimonial para proveer a los compañeros homosexuales de un status familiar similar al de las parejas heterosexuales casadas<sup>17</sup>.

No obstante, en el caso 333, "East 53 Street Associates vs. Man", la Corte de Nueva York consideró que una mujer de 83 años estaba legitimada para adoptar otra mujer de 67 años, porque la adopción no sólo servía para reconocer las relaciones entre madre e hija, sino que también podría ser motivada por el deseo del adoptado de brindar protección y control legal de las rentas.

La Corte de Casación francesa, el 8 de junio de 1999, entendió que no había fraude a la ley en una adopción simple de un mayor de edad realizada por otra persona del mismo sexo, soltero y sin hijos, dado que no se demostró que ella tuviera por fin la creación o el mantenimiento de relaciones homosexuales. El tribunal entendió que el adoptante había tenido por fin otorgar a otro hombre de condición muy modesta la ayuda material y social que le hubiera proporcionado un padre, y que por lo tanto no existía fraude a la ley que hiciera pasible de anulación a la adopción<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> Ídem nota anterior, p. 19.

<sup>18</sup> Corte de Casación francesa, 1ª Civ., 8-6-99, "D. et. A. c/B. D.", *La Semaine Juridique*, IV, 1423, comentado en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Nº 22, sec. *Derecho Comparado. Legislación y jurisprudencia extranjeras*, p. 559.

Quienes pretenden el matrimonio homosexual sostienen que el no reconocimiento del derecho a casarse de los homosexuales obliga a éstos a actuar en fraude a la ley en pro del reconocimiento del status familiar que les es negado y que la adopción no les da una respuesta satisfactoria en muchos casos porque:

- 1) No existe una solución similar al divorcio si una de las partes quiere poner fin a la relación;
- 2) algunos estatutos de adopción prevén que los adoptantes no heredan los bienes que el adoptado hubiera recibido de su familia de sangre;
- 3) finalmente, existe la posibilidad de que con la adopción se caiga en el incesto, aunque las leyes que contemplan el incesto en Estados Unidos de América requieren de la consanguinidad<sup>19</sup>.

#### *7. El impedir el matrimonio homosexual es contrario al interés del menor*

Los expositores de la tesis positiva sostienen<sup>20</sup> que en la Argentina no existen dificultades explícitas para que las parejas homosexuales críen hijos adoptivos o propios. Reclaman que el "Derecho" se haga cargo de una realidad que no puede ignorar y que el Estado tome actitudes positivas.

Señalan que al no poder casarse no pueden adoptar al menor que educan conjuntamente y estiman que ello es contrario para el interés del niño. Entienden que la copaternidad es un medio eficaz para que un niño pueda integrar una familia con dos adultos en pareja, y que ello debe poder hacerse legalmente.

Afirman que el casamiento y la adopción serían beneficiosos para el interés del niño. Las razones que ofrecen son las siguientes:

- Garantizar derechos por si falleciera o se declarara la incapacidad del padre o madre biológicos.
- Proteger los derechos del padre o madre no biológico para el caso de separación.

<sup>19</sup> *Sexual orientation and the law*, vol. 102, may 1989, N° 7.

<sup>20</sup> [www.mundogay.com/cha](http://www.mundogay.com/cha), visitada el día 28-5-2000.

- El beneficio emocional de reconocer al progenitor no biológico por el rol parental que ocupa.
- El beneficio psicológico para el menor adoptado por el hecho de tener a ambos padres/madres legalmente reconocidos.
- Los efectos del reconocimiento de la pareja homosexual con relación al menor incrementan su capital social (término antropológico que describe la red de parientes creada por el matrimonio para invertir en el futuro del niño a través de la ayuda financiera, situación social y contactos personales), al relacionar dos familias cuyos miembros, moral y formalmente, le deben asistencia.
- Elimina los remanentes de estigmas que aún pesan sobre los hijos ilegítimos.

Argumentan, también, que la copaternidad ayudaría a evitar las siguientes consecuencias:

- El menor no tiene asegurado por ley el apoyo emocional o económico de quien no es legalmente su progenitor.
- La pérdida del progenitor biológico puede acarrear también la del no biológico, dañando al niño, quien se ve privado de ambos por la muerte de sólo uno de ellos.
- Los testamentos y contratos con los que los adultos pretenden proteger a los niños no son vinculantes para los tribunales y son considerados meramente como expresión de la preferencia parental. De este modo, la determinación de la tenencia y visitas estará basada en la percepción del juez de cuál es el mejor interés del niño.

### 8. *El fin del matrimonio no es la procreación*

El argumento fuerte de quienes niegan la posibilidad de que las personas de igual sexo se casen es que el *fin del matrimonio es la procreación*; como ésta *no es* posible entre los *miembros* de la pareja del *mismo género sexual*, el *matrimonio* es una institución que está *prohibida* para ellas.

Para responder esto, se sostiene que el fin del matrimonio no es la procreación, afirmando que ésta puede darse fuera del matrimonio, es decir, que las personas pueden concebir en una relación en la que

los padres no se encuentren unidos por el vínculo matrimonial, lo que indica que el fin del matrimonio no es la procreación.

Los fines del matrimonio son:

- El amor.
- La felicidad mutua.
- El mutuo auxilio.
- La vida en común.
- Perfeccionamiento de los esposos.
- Complemento sexual.

La concepción que atribuye al matrimonio como finalidad la función fisiológica sexual, no obstante su sabor materialista y grosero, ha ejercido bastante influencia. Un filósofo de la talla de Kant entendió que el fin del matrimonio era “gozar mutuamente de las facultades genitales”, y un sociólogo como Letourneau llega a afirmar que “la institución del matrimonio no ha tenido otro objeto que reglamentar las uniones sexuales”<sup>21</sup>.

Por otra parte, se insiste en que la descendencia nace también fuera del matrimonio y que la tasa de natalidad fuera de éste va en aumento.

Por ejemplo, en Francia existe una progresión constante de tasas de natalidad fuera del matrimonio:

- Hasta 1972 inferior al 8%.
- Hasta 1977 inferior al 8,8%.
- Hasta 1979 asciende al 10,3%.
- Hasta 1982 asciende al 14,2%.
- En 1986 asciende al 21,9%.
- En 1989 asciende al 28,2%.
- En 1993 asciende al 33,2%<sup>22</sup>.

En definitiva, como el fin del matrimonio no es la procreación no se puede admitir que quienes no pueden tener hijos no se puedan casar.

<sup>21</sup> Kant y Letourneau, citados por CASTÁN TOBEÑAS, José, *La crisis del matrimonio*, Reus, Madrid, 1914, p. 63.

<sup>22</sup> MAZEAUD, Henri, Léon y Jean y CHABAS, François, *Leçons de Droit Civil*, t. I, vol. 3, *La famille*, 7ª ed., Par Laurent Leveneur, p. 39.

9. *El derecho a casarse no es "sólo" otorgado a personas que puedan procrear entre sí*

*Venimos de decir que se alega que el derecho a casarse es otorgado a personas que pueden procrear, y como la pareja homosexual no puede hacerlo el derecho a casarse le es denegado.*

Este argumento es considerado falso por los sostenedores de la tesis positivista, porque:

1. No es un requisito para contraer matrimonio que los individuos quieran o puedan tener hijos.
2. Incluso si fuera un requisito, las parejas gays y lesbianas podrían acceder al matrimonio.

Es obvio que la capacidad procreacional no es un requisito para casarse porque las parejas estériles pueden casarse.

Sin embargo, la inhabilidad para procrear es opuesta como argumento para impedir que las parejas de igual sexo se casen, pero no para impedirlo en el caso de parejas estériles, esterilizadas o que no quieren tener hijos.

No se entiende cuál es la diferenciación para permitir casarse a parejas heterosexuales estériles y prohibirlo a parejas homosexuales estériles sobre la base de la habilidad procreacional de la que carecen ambas parejas.

En un precedente norteamericano, "Adams vs. Howerton", la Corte de California trató de explicar por qué no tenían igual protección las parejas del mismo sexo y las heterosexuales sin habilidad gestacional. La Corte razonó que el Estado tenía un interés en la procreación y en la continuidad de la especie, así como en proveer un ambiente estable donde los niños fueran criados; por ello, el Estado reconocía sólo el matrimonio entre las parejas de sexo diferente aun cuando algunas de aquellas parejas no fueran capaces de tener hijos<sup>23</sup>.

Este argumento de la Corte distrital no convence porque no se comprende por qué para favorecer el nacimiento de niños en un

<sup>23</sup> "Adams vs. Howerton", 486 F. Supp. (C. D. Cal., 1980) aff'd, 673F.2d 1036 (9th Cir.) Cert. Denied, 458 U. S. 1111 (1982).

matrimonio legalmente constituido se castiga a un particular grupo que clama por legalizar sus uniones.

El razonamiento no explica por qué a las parejas que han nacido estériles o que no quieren tener hijos se las autoriza a contraer matrimonio.

John Finnis ha argumentado que un esposo y una esposa que unen sus órganos reproductivos en un contacto sexual para hacer tanto como ellos puedan con los órganos apropiados se diferencia de la unión homosexual que une en los contactos sexuales órganos inapropiados para la reproducción<sup>24</sup>.

Es verdad que en las relaciones sexuales entre las parejas estériles ellos unen sus órganos sexuales aptos para la generación "*so far as they can make it*". Pero el resultado en términos de procreación es el mismo que en el de la pareja del mismo sexo.

En definitiva, lo que se dice es: las parejas heterosexuales que no pueden procrear se pueden casar, porque realizan la conducta debida o con los órganos debidos, pero la pareja homosexual que no puede procrear no se puede casar porque no realiza la "conducta sexual correcta". Con lo cual la prohibición de casarse no se otorga porque se pueda o no se pueda procrear, sino porque no realiza la clase de conducta correcta.

Pareciera que el permitir a las parejas heterosexuales estériles casarse encierra un grado de compasión, puesto que ellas, por un accidente o por la vejez, no pueden concebir. Pero hay que tener en cuenta que las parejas no siempre no tienen hijos porque no pueden, sino también porque no quieren, por ejemplo una pareja en que ambos miembros o uno de ellos se hubieran hecho esterilizar para prevenir la concepción; en este caso, la naturaleza no ha sido lastimada por un accidente sino por una elección. No se explica por qué, en estos casos, sus miembros pueden contraer nupcias, mientras que en el supuesto de que por elección se haya decidido unirse a un ser homosexual no se pueden casar.

Por otra parte, las parejas lesbianas pueden tener hijos mediante la inseminación artificial; entonces, como pueden concebir se podrían

<sup>24</sup> Finnis dice que las parejas estériles unen sus órganos sexuales para ir "*so far as they can make it*" (*Law, morality and sexual orientation* cit., p. 1049).

casar. Además, uno de los miembros de la pareja homosexual puede tener hijos de una unión anterior; en estos casos, no se podría justificar la prohibición del casamiento de seres de sexo semejante.

En el precedente "Adams", la Corte dijo que no se podía preguntar a las parejas heterosexuales sobre su voluntad o capacidad procreacional porque eso invadía la esfera de su privacidad. Pero a ello se responde que si la Corte puede saber qué planes pueden tener, la privacidad no sería violada y de todas maneras la autorización para casarse no les sería denegada<sup>25</sup>.

En el caso "Singer" la Corte afirmó que la protección al matrimonio es otorgada porque los valores sociales están asociados con la protección de la propagación de la raza humana, y como es manifiesto que las uniones del mismo sexo no ofrecen esta posibilidad el Estado no otorga la autorización para casarse, y esta denegatoria no envuelve una discriminación odiosa. La Corte reconoce que algunas parejas son incapaces de generar hijos y que no todas las parejas que conciben hijos están casadas, pero entiende que estas situaciones son excepcionales<sup>26</sup>.

Los sostenedores de la tesis positiva entienden que el razonamiento de la Corte en el caso "Singer" es falso porque no es cierto que excepcionalmente los matrimonios no quieran tener niños.

Por su parte, en el Derecho español, Pantaleón Prieto señala que la supresión del impedimento de impotencia para celebrar matrimonio establecido por la ley 30 de 1981 es interpretada, por la mayoría de la doctrina, en el sentido de que la procreación no es ya un fin típico del instituto matrimonial civil, y deduce que la circunstancia de que la procreación no sea un fin del matrimonio civil puede constituir un argumento en favor de la admisión del matrimonio entre homosexuales<sup>27</sup>.

### III. Respuesta a la tesis positiva

En el presente punto nos proponemos responder los argumentos

<sup>25</sup> STRASSER, *Legally Wed...* cit., p. 58.

<sup>26</sup> "Singer vs. Hara", 522, P.2d 1187 (Wash. App. 1974).

<sup>27</sup> PANTALEÓN PRIETO, en las XI Jornadas Jurídicas de la Universidad de Lérida, *Uniones de hecho...* cit., citado por DE VERDA Y BEAMONTE, *Principio de libre desarrollo de la personalidad...* cit., p. 726.

desarrollados por quienes pretenden justificar el matrimonio homosexual; trataremos de demostrar que no existen razones válidas que justifiquen el cambio de la legislación positiva vigente, y además pretendemos demostrar que de realizarse la modificación pretendida por los *gays* esta ley sería inconstitucional.

1. *La prohibición de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo no implica una discriminación en razón del sexo porque es razonable*

A) *No hay discriminación porque no hay situaciones iguales*

Por nuestra parte, creemos que no hay discriminación porque no hay situaciones iguales.

Esto descalifica al argumento sostenido por los partidarios de aplicar la tesis del precedente “*Loving vs. Virginia*” para situaciones diferentes. La falta de analogía fue puesta de relieve en un Congreso celebrado en la Catholic University of America’s Columbus School of Law en el año 1998, en el 30º aniversario de “*Loving vs. Virginia*”<sup>28</sup>.

En el caso “*Loving*” el Estado de Virginia consideraba que la prohibición del casamiento interracial no era una injusta discriminación basada en la raza porque se aplicaba por igual a los blancos y a los negros. Este argumento no fue aceptado por la Suprema Corte porque los fundamentos de la prohibición eran arbitrarios, ya que la prohibición del casamiento interracial estaba fundada en la doctrina de la “supremacía blanca”, en la necesidad de preservar la “integridad racial de los ciudadanos” y evitar la “corrupción de la sangre”. Evidentemente estos tres argumentos eran irrazonables, y encerraban la noción de que una raza era superior a otra; por eso la prohibición del matrimonio interracial fue declarada inconstitucional.

Esta doctrina no se puede aplicar analógicamente al casamiento homosexual porque en ningún momento se ha dicho que un género sea superior o inferior a otro. Las leyes que prohíben los matrimonios interraciales separan las razas; mientras que las leyes del matrimonio

<sup>28</sup> “*Loving vs. Virginia after thirty years*”, [law.cua.edu/archieve/loving.html](http://law.cua.edu/archieve/loving.html).

heterosexual integran los géneros. Las leyes que prohíben el casamiento interracial se fundamentan en la injusta doctrina de la supremacía blanca; mientras que las leyes que reglamentan el matrimonio heterosexual dan igual participación al hombre y a la mujer en la institución del matrimonio<sup>29</sup>.

Evidentemente quienes invocan el precedente "Loving" para aplicarlo a los matrimonios entre personas de igual sexo intentan hacer una aplicación política del caso y no una aplicación jurídica<sup>30</sup>; como las causas que dieron origen a "Loving" fueron odiosas e inaceptables, la mención de ellas a otro supuesto al que se quiere vincular por analogía produce simpatías para el caso que se quiere asemejar.

Cuando se trata de aplicar el precedente de "Loving" al matrimonio homosexual se parte de decir:

- a) La noción de matrimonio fue ampliada para permitir el matrimonio interracial; igualmente debe ampliarse la noción de matrimonios para permitir el matrimonio homosexual.
- b) Así como hace treinta años se redefinió el matrimonio para permitir el matrimonio entre personas de diferente raza, hoy corresponde redefinir el matrimonio para posibilitarlo entre seres de igual sexo.
- c) Así como la raza es un factor irrelevante para el matrimonio, el sexo es irrelevante para contraer matrimonio.

En esta última proposición radica la imposibilidad de la aplicación analógica, ya que la diferencia sexual no es irrelevante para el matrimonio sino que hace a su finalidad.

Insistimos en que la prohibición del matrimonio interracial tenía como último e inaceptable sustento la idea de superioridad de una raza sobre otra; esta idea no está presente en la prohibición del matrimonio homosexual, porque jamás se ha sostenido que los heterosexuales sean superiores a los homosexuales. Lo que ocurre es que

<sup>29</sup> DUNCAN, Richard, *From Loving to Romer: homosexual marriage and moral discernment*, en *Symposium: Law and the politics of marriage: "Loving vs. Virginia after thirty years"*, 12BYU J, pub. L. 239.

<sup>30</sup> COODLIDGE, David Orgon, *Playing the Loving card: same-sex marriage and the politics of analogy*, en *Symposium: Law and the politics of marriage...* cit., pub. L. 210.

la diferencia racial no obstaculiza los fines del matrimonio mientras que la igualdad sexual sí lo hace.

Lo que acabamos de exponer fue ampliamente desarrollado por el voto de la minoría en el precedente "Baher vs. Levin", donde el juez Heen sostuvo que la ley de Virginia declarada inconstitucional en el caso "Loving" se basaba en una arbitraria y odiosa discriminación racial, mientras que la ley de Hawai que impedía el matrimonio homosexual estaba fundada en la naturaleza de la institución del matrimonio<sup>31</sup>.

En definitiva, no se puede aplicar por analogía la doctrina del precedente "Loving" que dividía a las razas al caso del matrimonio entre personas de igual sexo.

En igual sentido el profesor italiano Ferrari Da Passano señala: "La noción de igualdad jurídica no puede sacrificar las diferencias, no consiste en extender la misma regla prevista para algunos casos a todos aquellos similares que, vuelta a vuelta, emergen en la escena de la conciencia colectiva. Como para reglamentar toda la realidad creada con los nuevos instrumentos de la comunicación social (*computer*, etc.) la regulación creada en el tiempo en que sólo existía la impresión a plomo se ha revelado inadecuada, y ha sido necesario inventar una nueva, así para la tutela de la libertad de los homosexuales no vale extender la cobertura reducida del tradicional Derecho de Familia"<sup>32</sup>.

Afirma el mismo autor que "extender los derechos de la libertad no consiste tanto en el recoger el más alto número bajo la misma norma de protección, sino prever una normativa, lo más amplia posible, respetuosa de las diferencias". Sin embargo, se pregunta el autor "si extendiendo forzosamente los derechos y deberes de las parejas heterosexuales a las de los homosexuales se hace una verdadera igualdad o tal vez el juego de una confusión destinada a crear desigualdades"<sup>33</sup>.

Manifiesta el constitucionalista Bidart Campos: "¿Quién desmentiría, por más apelaciones igualitarias que hiciera, que los roles per-

<sup>31</sup> Citado por COODLIDGE, *Playin the Loving card...* cit., pub. L. 208.

<sup>32</sup> FERRARI DA PASSANO, *Homosexualidad y Derecho* cit., p. 1013.

<sup>33</sup> Ídem nota anterior.

sonales y sociales masculinos y femeninos no son los mismos? Y si existe —como enfáticamente lo defendemos— un derecho a la identidad personal que obliga a respetar las diferencias que identifican a cada ser humano en su ‘mismidad’, no nos parece demasiado lógico ignorar lo que de diferente hay entre el varón y la mujer para decir que ‘es matrimonio’ la unión entre dos hombres o entre dos mujeres”<sup>34</sup>.

“La diferencia biológica y orgánica y también convivencial entre hombres y mujeres aleja sobremanera lo que de parecido pueda haber entre el matrimonio y la unión homosexual va mas allá del sexo, porque se extiende a los ya citados roles personales, al modo de ser y de vivir y a la identidad también personal que le da sustento y que tiene la impronta del sexo personal de cada uno”<sup>35</sup>.

Cabe recordar, en punto a la igualdad, una frase que se le atribuye a Lincoln, quien preguntó: “¿Cuántas patas tiene un perro si se cuenta la cola como pata?” La respuesta fue: el perro tiene cinco patas, y Lincoln respondió: “no; llamar a una cola, pata, no hace de ello una pata”<sup>36</sup>.

## B) *No hay discriminación porque no hay arbitrariedad*

La razonabilidad de la diferenciación radica en que las parejas ho-

<sup>34</sup> BIDART CAMPOS, *Matrimonio y unión entre personas del mismo sexo* cit., p. 719.

<sup>35</sup> Ídem nota anterior. En igual sentido por su parte, Mangione Muro concluye afirmando que “no se debe autorizar a los integrantes de una relación homosexual a contraer matrimonio, ya que éste es una institución destinada a las parejas heterosexuales. Esta limitación no afecta el principio constitucional de igualdad, ya que la pareja homosexual es distinta a la heterosexual” (MANGIONE MURO, Mirta Hebe, *Concubinato, cuestiones patrimoniales, personales y previsionales. Derechos y deberes legales y jurisprudenciales derivados de la convivencia heterosexual y homosexual*, Rosario, 1999, p. 120).

Mariano Arbones, en su trabajo sobre *Homosexualidad, discriminación y Derecho*, manifiesta que no hay que confundir “indiscriminación” con “institucionalización irregular”. La tolerancia, según lo expone magistralmente Kelsen, es la esencia y presupuesto de la democracia, pero en nombre de ésta no es lícito alterar las instituciones republicanas (ARBONES, ob. cit., p. 79).

<sup>36</sup> Lincoln, citado por WARDLE, *Same-sex marriage and the limits of legal pluralism* cit.

mosexuales sólo pueden cumplir los deberes individuales que cumplen las parejas heterosexuales, pero no los sociales<sup>37</sup>.

Estamos convencidos de que dos personas del mismo sexo pueden asumir las obligaciones de convivencia, fidelidad, auxilio y respeto mutuo que son comunes al matrimonio.

Pero estamos igualmente convencidos de que no pueden cumplir con los fines que el matrimonio tiene en orden a la continuidad de la especie, a la educación de los hijos en un entorno con roles paternos y maternos diferenciados y a la transmisión de valores culturales para las generaciones futuras.

Como las parejas homosexuales pueden cumplir *sólo los deberes individuales* (convivencia, fidelidad, auxilio y respeto mutuo) similares a las obligaciones que asumen *las parejas heterosexuales, pero no pueden cumplir los deberes sociales* (continuación de la especie, educación de hijos con roles paternos-maternos, transmisión de valores culturales), *la posición de ellas frente al Estado es diferente y no pueden pretender un estatuto jurídico que contiene beneficios en vista de los deberes sociales que no pueden asumir.*

El cumplimiento de las obligaciones individuales interpersonales de convivencia, fidelidad, respeto y auxilio necesariamente ha de tener consecuencias jurídicas; por ejemplo, ante la muerte en un ilícito del conviviente que sostenía económicamente al otro, existirá el derecho a la reparación de los daños y perjuicios que el fallecimiento haya ocasionado a su pareja, pero este reconocimiento de derechos generados por la realidad convivencial y por el compromiso personal asumido no alcanza a constituir a la pareja homosexual en institución matrimonial.

<sup>37</sup> Massini-Correas sostiene: "es posible realizar distinciones de trato jurídico entre personas sobre la base de ciertas cualidades personales o naturales, siempre y cuando estas distinciones resulten compatibles con la finalidad o finalidades intrínsecas del instituto, 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" (*Algunas precisiones semánticas sobre la noción jurídica de discriminación cit.*).

## *2. La existencia de una prohibición legal no lleva siempre implícita la regla de la permisibilidad*

Ya aclaramos en el capítulo anterior cómo debe interpretarse el derecho a casarse, pero en este capítulo nos parece importante argumentar sobre el razonamiento de Strasser relativo a que la prohibición legal de celebración de matrimonio entre homosexuales sugiere implícitamente que estos matrimonios pueden no estar prohibidos.

Esta tesis parte de una concepción netamente positivista de Derecho; para este autor el derecho es tal en la medida en que está explicitado en una ley.

Para nosotros, en cambio, el ordenamiento positivo reconoce derechos humanos básicos que son tales independientemente de que la ley los deniegue, los prohíba o los recepte.

Desde la concepción de derechos humanos que hemos adoptado creemos que el derecho a casarse es un derecho natural, propio de la esencia del hombre en cuanto tal y, como ya lo explicáramos en el capítulo anterior, este derecho está indefectiblemente unido a la heterosexualidad. De ello se desprende que la prohibición de contraer nupcias a las parejas de igual sexo no parte del voluntarismo legislativo, ni es una mera cuestión de política legislativa, como sí lo es el establecer la edad mínima para contraer matrimonio en 16 ó 18 años. Esta prohibición a la que venimos aludiendo hace a la esencia del derecho a casarse que es independiente de la decisión legislativa.

Por lo antes dicho consideramos falaz el argumento de Strasser relativo a que la prohibición legal de contraer matrimonio entre personas de igual género sexual sugiere que estos matrimonios podrían no estar prohibidos. Consideramos que existe un impedimento natural de la celebración del matrimonio homosexual y que el legislador lo que hace es reconocer esta imposibilidad.

En este orden de ideas no podemos aceptar la tesis de Strasser de que es posible que la legislación permita el matrimonio homosexual. Si la ley positiva lo hiciera sería inconstitucional, porque vulneraría el derecho a casarse en su acepción objetiva, y además tal aceptación sería disvaliosa por las consecuencias que tendría en orden

a los efectos que dejamos enumerados al realizar la interpretación teleológica del derecho a casarse.

En el Derecho italiano, señala D'Agostino que "la unión entre homosexuales no puede tener reconocimiento jurídico porque no es una comunicación, o mejor, y más prioritariamente, no es una comunicación en el sentido, en el único sentido, que puede tener relieve para el Derecho. Está evidentemente fuera de discusión que existen muchos modos a través de los cuales los hombres pueden comunicarse entre ellos, y éstos pueden poseer un inmenso nivel existencial, pero que no tiene, en principio, relieve jurídico: la amistad es el ejemplo emblemático. La amistad no es 'juridizable', no porque no responda a una lógica comunicativa, sino porque se trata de una lógica comunicativa esencialmente privada y por consecuencia no sometida a la censura de un juez y no institucionalizable. El matrimonio no institucionaliza una comunicación afectiva (que no puede ser sino privada), sino una elección, un estado de vida, que no puede no tener relieve público (y que sólo por esto puede quedar sometido a la crítica o censura de un juez). El status que el matrimonio establece, el de marido y mujer, puede ser atribuido sólo a partir de la manifestación de una f6rma y p6blica voluntad en tal sentido de los esposos; pero no es propiamente su voluntad de instituir este status, sino el reconocimiento p6blico de que esta uni6n tiene un significado humano y social que trasciende la subjetividad misma de los esposos"<sup>38</sup>.

### 3. *El permitir a los homosexuales casarse o equiparar las uniones homosexuales a los matrimonios heterosexuales en todos los planos es inconstitucional*

Nos sentimos obligados a insistir en que el derecho a casarse est6 íntimamente unido al derecho de los ni6os, y que permitir el matrimonio de personas de igual sexo irremediablemente permite la adopci6n de ni6os, o la creaci6n de ni6os mediante t6cnicas de fecundaci6n asistida, para que se eduquen en una familia con dos padres o dos madres. Tal situaci6n es disvaliosa para el inter6s del menor, porque se lo priva ab initio de tener un padre y una madre, se lo hace nacer o se lo

<sup>38</sup> D'AGOSTINO, *Matrimoni tra omosessuali* cit., p. 199.

entrega en adopción a sabiendas de que se le está negando su derecho a tener un padre y una madre, pero además se lo está condenando a tener dos padres o dos madres, a tener dificultades de inserción social, porque se lo inserta en una situación esencialmente anormal y totalmente antinatural.

No desconocemos que el prohibir el derecho a casarse a la pareja homosexual no impide la existencia de la pareja homosexual, ni la posibilidad fáctica de que eduquen a niños en común. Leslie Ann Minot<sup>39</sup> explica que las lesbianas, gays, bisexuales y transexuales (conocidos como el grupo LGBT) se convierten igualmente en padres de diversas maneras. "Pueden tener niños a través de relaciones heterosexuales. A menudo las lesbianas inician relaciones heterosexuales con el solo propósito de resultar embarazadas. Una lesbiana y un gay pueden decidir tener y criar a un niño juntos, ya sea por medio de relaciones sexuales heterosexuales, inseminación artificial, o accediendo a tecnologías reproductivas legales como una pareja. También pueden acceder a la custodia de niños a través de adopciones «extraoficiales»".

Pero que una situación sea fácticamente posible no implica que el Derecho deba aceptarla, ya que la ley jurídica debe ordenarse al bien común político en materia de justicia, y en tal sentido es legítimo que las leyes prohíban actos que causen daños a otros<sup>40</sup>.

Estamos convencidos de que es dañoso para un niño privarlo voluntariamente de tener un padre y una madre, que es perjudicial para un menor insertarlo en una situación antinatural y anormal y, por lo tanto, entendemos que la prohibición de celebración de matrimonios entre personas del mismo sexo busca evitar el daño al niño.

Si el daño se produce y de hecho el menor nace o se educa por una pareja homosexual, la ley deberá solucionar los conflictos que necesariamente se van a presentar teniendo en cuenta el interés superior del menor, en el caso concreto.

Podría sostenerse que pueden casarse pero no pueden adoptar ni

<sup>39</sup> MINOT, *Conceiving parenthood* cit., p. 7.

<sup>40</sup> MASSINI-CORREAS, *El Derecho Natural y sus dimensiones actuales* cit., ps. 98-99, conforme LEGARRE, *Ensayo de delimitación de las acciones privadas de los hombres* cit., p. 1267.

recurrir a técnicas de fecundación asistida, pero esto no es matrimonio sino una asociación de dos personas libres y adultas, que no pueden cumplir los fines del matrimonio.

Creemos que esta reglamentación no vulnera la esencia del matrimonio porque esta esencia y la continuación de la especie, la procreación y la educación de los hijos son roles diferenciados, fines éstos que las personas de igual sexo no pueden cumplir.

#### 4. *La prohibición de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo no es contraria al pluralismo*

El tema del pluralismo es bastante nuevo en el ámbito jurídico, pero en la realidad siempre existió; uno de los continentes que más desarrollada tiene la cuestión del pluralismo es el africano, porque en muchas partes de África existen pueblos de diferentes etnias, culturas y religiones que viven bajo un mismo sistema político pero reconocen diferentes sistemas de ley<sup>41</sup>.

Los principios, valores y derechos de la sociedad democrática aportan reconocimiento a las diferentes formas de convivencia, siempre y cuando éstas no disloquen la paz y el orden social.

Se afirma que las sociedades modernas son cada vez más pluralistas; por consiguiente, a cada una de las personas corresponde el derecho de optar por el tipo de unión que prefiera.

Desde el punto de vista sociológico, el pluralismo ha sido reiteradamente señalado por Jean Carbonnier. Mas una cosa son las opciones, que deben mantenerse en el mundo pluralista, y otra son las instituciones que el ordenamiento debe acoger y proteger<sup>42</sup>.

En tal orden de ideas, en una sociedad democrática y pluralista se deben tolerar las uniones homosexuales femeninas y masculinas; se tiene que reconocer que las personas pueden optar por elegir una pareja estable de acuerdo a su preferencia sexual, y se tiene que aceptar que éstas públicamente organicen su forma de vida según sus necesidades.

<sup>41</sup> WARDLE, *Same-sex marriage and the limits of legal pluralism* cit., p. 382.

<sup>42</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Las nuevas fronteras y la crisis del concepto de familia...* cit., p. 27.

Pero en nombre del pluralismo no se puede pretender un reconocimiento igualitario a las uniones interpersonales homosexuales que a las uniones familiares heterosexuales.

Coincidimos con Bidart Campos en que lo que dos personas –casadas o no, de igual sexo o de sexo distinto– hagan entre sí con su sexo sin dañar a terceros ni ofender la moral pública es cosa de su *privacidad* y toda Constitución democrática obliga a reconocer la privacidad y a respetarla. Pero no todo núcleo doméstico se equipara al matrimonio. Lo saben sobradamente, aun fuera del ámbito jurídico, cuando comprueban que –conviviendo o no bajo el mismo techo– muchas personas se deparan trato familiar, como dos amigos, o dos religiosas, aun cuando no haya vínculo parental entre ellas<sup>43</sup>.

En definitiva, que el Estado no dé a todo núcleo doméstico trato matrimonial no implica desconocer el principio de pluralidad.

Wardle explica claramente en su monografía *Same-sex marriage and the limits of legal pluralism*, que quienes invocan el pluralismo legal como fundamento del derecho a contraer matrimonio entre personas de igual sexo parten de un error de confundir tolerancia con preferencia. Las conductas –explica Wardle– pueden estar prohibidas, toleradas o preferidas. El casamiento es el clásico ejemplo de relación preferida. Es una de las relaciones históricamente más favorecidas y protegidas por el sistema legal. Quienes claman por el matrimonio homosexual no piden una tolerancia hacia la preferencia sexual sino que invocan una preferencia<sup>44</sup>.

El principio del pluralismo obliga a la tolerancia, pero no justifica, ni es suficiente, para permitir el matrimonio entre personas de igual sexo, porque ello implica mucho más que una tolerancia; una preferencia que carece de justificación.

##### 5. *El requisito de la heterosexualidad para contraer matrimonio no es contrario al principio de igualdad familiar*

El principio constitucional y supranacional de la igualdad al que

<sup>43</sup> BIDART CAMPOS, *Matrimonio y unión entre personas del mismo sexo* cit., p. 719.

<sup>44</sup> WARDLE, ob. cit., p. 383.

hemos estado haciendo mención al tratar el tema de la discriminación y del derecho a casarse debe ser realizado a la luz de los principios del Derecho de Familia.

En orden al Derecho de Familia cabe señalar que el principio de igualdad a ultranza se aplica en orden a la filiación; con respecto a los hijos no cabe aceptar ningún tipo de distinción, diferenciación o discriminación, en razón de su origen matrimonial o no matrimonial.

En cambio, no existe tal igualdad en la protección de las diferentes uniones convivenciales.

Roca Trías estima pertinente distinguir dos tipos de relaciones familiares: de un lado, las “verticales o jerárquicas”; de otro, las “horizontales o igualitarias”. Afirma la autora que “la filiación y las relaciones de pareja están sometidas a regulaciones distintas o con distintas finalidades: en materia de filiación, rige el principio absoluto de la igualdad (art. 14 de la CE y de protección del interés del más débil) y en materia de pareja, rige un principio de libertad, con regulaciones diversas”<sup>45</sup>.

Según Lacruz Berdejo, “el grado de protección de las diversas familias puede ser distinto, como lo es su estatuto legal, con el solo límite de la equiparación entre los hijos, cuya condición matrimonial o no matrimonial no podría ser determinante de un nivel distinto de tutela. Salvo esto, la existencia o no de matrimonio, al someter a la pareja conviviente a estatutos dispares, puede justificar que las prestaciones, las ayudas y los estímulos sean igualmente diversos, siempre en ventaja de la relación conyugal”<sup>46</sup>.

Lo que ocurre es que la unión matrimonial heterosexual es un valor positivo, mientras que la unión homosexual es un valor neutro; una manifestación indiferente de la pareja que decide cohabitar según sus preferencias sexuales, pero que no puede pretender ni celebrar el matrimonio acto ni tampoco acceder al estado matrimonial que es un estado protegido por el Derecho.

Por tanto, puede hablarse de un grado de protección máximo, al

<sup>45</sup> ROCA TRÍAS, Encarna, *Familia, familias y Derecho de la Familia*, ps. 1077 y 1078.

<sup>46</sup> LACRUZ BERDEJO, *Familia y Constitución*, p. 29.

que por imperativo constitucional es acreedora la unión matrimonial, mientras que con respecto a las uniones homosexuales cabe hablar de un grado de protección menor, que en todo caso deberá respetar los principios constitucionales de libre desarrollo de la personalidad y de la igualdad<sup>47</sup>.

En el caso de las *uniones homosexuales no existe una trascendencia social, ni antropológica o socializadora*, que es la esencia del matrimonio y que justifica una mayor protección.

#### 6. *El abuso de otros institutos como la adopción no justifica la desnaturalización del matrimonio*

Es cierto que los homosexuales han abusado del instituto de la adopción del mayor de edad para lograr un reconocimiento familiar, pero ello no justifica el otorgamiento del estado nupcial o la capacidad para celebrar matrimonio a parejas de igual sexo.

También es cierto que se ha abusado de las sociedades anónimas para defraudar la legítima, pero no por ello se ha cambiado el concepto de sociedad anónima ni tampoco se ha dejado de lado el régimen de legítima, sino que se han aplicado las normas de fraude a la ley para solucionar estos problemas.

#### 7. *El permitir el matrimonio homosexual es contrario al interés del menor*

No desconocemos que en la actualidad muchas parejas homosexuales conviven con el hijo biológico o adoptivo de uno de los integrantes y que entre el menor y el otro conviviente se generan vínculos de afecto y solidaridad que el Estado no puede desconocer.

Tampoco ignoramos que no es extraño que al disolverse la pareja el progenitor biológico prohíba que su ex pareja siga relacionándose con el niño que ambos criaron. Y nos preguntamos si esta circunstancia fáctica antinatural es suficiente para permitir el matrimonio homosexual.

Concretamente nos preguntamos si se debe permitir el matrimonio

<sup>47</sup> DE VERDA Y BEAMONTE, *Principio de libre desarrollo de la personalidad...* cit., p. 731.

homosexual, para beneficiar a los niños criados por las parejas homosexuales con los deberes de la patria potestad o con las reglas del divorcio relativas a tenencia, visitas y alimentos.

Consideramos que cada uno de los argumentos de los sostenedores de la tesis positiva en orden a decir que el matrimonio homosexual beneficia al menor pueden ser rebatidos. A saber:

- *Muerte o incapacidad del progenitor biológico.* Para dar seguridad al menor el fallecido puede designar tutor del niño a su pareja o el sobreviviente lo puede adoptar, ya que aun cuando fuere un hijo adoptivo cabe la adopción sucesiva de un mismo adoptado.
- *La ruptura de la unión de hecho.* Creemos que no se trata de proteger “los derechos del padre o madre no biológico” porque en primer lugar la denominación es inexacta, ya que el compañero homosexual no es padre o madre no biológico; en segundo lugar lo que debe primar es el interés del menor y si éste lo justificara se podría otorgar derecho de visitas a quien sea guardador de hecho.
- *Beneficio psicológico de tener dos padres reconocidos.* Estamos convencidos de que la ley no puede reconocer situaciones irreales como la de tener dos padres, y dudamos que reporte beneficio psicológico al menor.
- *Los estigmas que pesan sobre los hijos ilegítimos.* En nuestra legislación no existen diferencias entre hijos legítimos e ilegítimos.
- *Asegurar al menor el apoyo emocional o económico de quien no es progenitor.* Si quien no es padre del menor lo quiere beneficiar económica o emocionalmente la ley no se lo impide y existen múltiples instrumentos legales que se lo permiten, como el testamento, la donación, el fideicomiso, el fideicomiso testamentario, etcétera.
- *Falta de fuerza vinculante de los testamentos y contratos.* Esta afirmación es errónea, lo único que puede ocurrir es que existan herederos legitimarios en cuyo caso la posibilidad de libre disposición será reducida.

*No es positivo para un niño ser criado por dos personas de igual*

*sexo que pretenden ejercer el rol de padre o madre; que esta situación sea fácticamente posible no es una justificación suficiente para redefinir el matrimonio.*

### 8. Uno de los fines del matrimonio es la procreación

Se ha negado que el fin del matrimonio sea la procreación, señalando que existen parejas que se casan y no pueden tener hijos y otras que se casan y no quieren tener hijos, y que a ellas no les está impedido el matrimonio, de donde se deduce que la causa fin del matrimonio no es la procreación.

Entendemos que es necesario distinguir la causa fin en sentido objetivo y en sentido subjetivo<sup>48</sup>.

La causa fin es definida como la razón de ser del acto jurídico. La causa objetiva es la tipificadora del acto querido por las partes, y es objetiva porque corresponde al tipo de acto celebrado.

La causa objetiva identifica la pretensión que tiene cada una de las partes en el acto jurídico de obtener de la otra el cumplimiento de las prestaciones prometidas<sup>49</sup>.

La causa subjetiva se refiere a los móviles perseguidos por algún contratante en particular.

Zannoni sostiene que en el matrimonio la causa genética posibilita la falsa causa o la causa errónea. En la etapa funcional, enseña el mismo autor, se enlaza con la frustración de los fines, que cuando acaece autoriza a los cónyuges a solicitar el divorcio<sup>50</sup>.

Estamos convencidos de que uno de los fines (causas) objetivos e

<sup>48</sup> Aplicamos en el tema la teoría del acto jurídico familiar cuyo creador en nuestro Derecho fue el maestro Enrique Díaz de Guíjarro (*Introducción al estudio del acto jurídico familiar*, en J. A. 1956-IV-108, sec. doct.; *El acto jurídico de emplazamiento en el estado de familia*, en J. A. 1955-IV-12, sec. doct. y en J. A. 1967-IV-394, sec. doct.; *Carácter personalísimo de la voluntad humana creadora del acto jurídico matrimonial*, en J. A. 29-1974-570; *Nuevos aportes a la introducción al estudio del acto jurídico familiar*, en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor Castán Tobeñas*, Pamplona, 1969, y *Voluntad en el acto jurídico familiar*, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. XXVI, ps. 748 y ss.).

<sup>49</sup> ZANNONI, Eduardo, *Acerca del objeto y de la causa en la teoría del acto jurídico matrimonial*, en J. A. 1985-III-771.

<sup>50</sup> Ídem nota anterior.

institucionales del matrimonio es la procreación; ello no impide que existan fines particulares o individuales, pero el fin de la institución matrimonial es la procreación.

Nuestra postura avala el hecho de que si alguno de los contrayentes se negara injustificadamente a cumplir con el acto procreacional sería causal de divorcio, o si hubiera ocultado su incapacidad *generandi* antes de la celebración del matrimonio incurriría en una causal de nulidad matrimonial.

Los autores aceptan que la esterilidad anterior al matrimonio ocultada al otro contrayente es causa de nulidad del matrimonio, porque impide uno de los fines del matrimonio<sup>51</sup>.

Estas disposiciones de nuestro ordenamiento civil nos están demostrando claramente que uno de los fines de la institución matrimonio es la procreación; ello no se puede negar. Si una pareja no puede asumir los fines procreacionales, porque sus miembros son de igual sexo, no puede cumplir con uno de los fines matrimoniales objetivos o funcionales.

Ello es diferente de aquellas parejas que no pueden cumplir los fines del matrimonio subjetivamente, porque no quieren o no pueden, pero ello no le quita fuerza al fin objetivo del matrimonio, dado que el incumplimiento injustificado del fin procreacional es causal de divorcio y el ocultamiento de la esterilidad anterior al matrimonio es causal de nulidad de matrimonio<sup>52</sup>.

Lo que ocurre es que hay que distinguir los fines institucionales que son los que dan o explican la razón de ser del matrimonio, y los fines individuales para contraerlos.

Tradicionalmente, siguiendo a Zannoni, podemos afirmar que los fines del matrimonio son la procreación y la educación de la prole, y los segundos la ayuda mutua y el remedio a la concupiscencia<sup>53</sup>.

También pueden existir múltiples fines particulares o causas subjetivas que llevan a una pareja a contraer matrimonio, que atañen a la vida privada de las partes, como el mejoramiento de la posición

<sup>51</sup> BELLUSCIO, ob. cit., p. 212.

<sup>52</sup> BORDA, *Tratado de Derecho Civil* cit., *Familia*, t. I, p. 118.

<sup>53</sup> ZANNONI, *Derecho de Familia* cit., t. I, p. 116.

social, la obtención de otra nacionalidad, intereses económicos, el matrimonio celebrado al solo efecto de obtener la emancipación o de eximirse del servicio militar, cuando éste era obligatorio<sup>54</sup>, etcétera. Pero el incumplimiento de esos fines particulares no da lugar a sostener la violación de los deberes maritales y, por lo tanto, no son causal de divorcio.

En este tema cobra relevancia la indisponibilidad del objeto matrimonial. “Esa indisponibilidad del objeto conlleva a que no admita alegación la exclusión o limitación convencional de los efectos del matrimonio, de suerte que quienes se casaron para obtener uno o más resultados prácticos con exclusión de los demás expresaron su consentimiento y deben asumir la totalidad de los deberes-derechos del matrimonio”<sup>55</sup>.

Insistimos en el tema para demostrar que el fin procreacional es propio del matrimonio, y que aquellos que pertenecen a igual sexo no pueden cumplirlo ab initio; por lo tanto, no se pueden casar, ya que los fines típicos del matrimonio no admiten exclusión por acto de la voluntad que lo invalide, ello sin perjuicio de que la ley pudiere prever el supuesto como caso específico de anulabilidad del matrimonio.

¿Cómo explicar entonces que las parejas ancianas que no pueden engendrar puedan casarse<sup>56</sup> o que puedan hacerlo las estériles por accidente o por elección? En estos supuestos cobra relevancia que:

- Quienes adoptan la esterilidad por decisión responden a fines

<sup>54</sup> CI<sup>a</sup>CCom. de La Plata, sala 3<sup>a</sup>, 2-8-63, L. L. 112-205.

<sup>55</sup> ZANNONI, *Acerca del objeto y de la causa...* cit.

<sup>56</sup> Véase cómo contesta a esta cuestión Francesco Peperè: “El matrimonio entre personas a quienes la vejez ha apagado el foco de la potencia generativa tiene la apariencia de la unión marital, pero en el fondo no es más que una ligadura hecha como saldo de una amistad. La cual cuando mira a asumir una forma más estable y duradera por toda la vida, busca la insolubilidad del vínculo y lo encuentra en la forma del matrimonio. Por tanto el connubio entre tales personas, confundido con la esencia del matrimonio tiene de común con él solamente el parecido, esto es el *consortium omni vitae*, pero no la idea sublime del matrimonio, que es la de la inmortalidad de la especie humana mediante la perenne producción y reproducción de la misma” (*Enciclopedia e metodologia del Diritto*, 3<sup>a</sup> ed., Napoli, 1878, ps. 230 y 231, citado por CASTÁN TOBEÑAS, *La crisis del matrimonio* cit., p. 65).

privados que no restan trascendencia al fin institucional del matrimonio. Así, si uno de los miembros de la pareja que adoptara originariamente esa decisión luego la cambiara y concibiera, no podría ser demandado por injurias por su cónyuge por incumplimiento de los fines matrimoniales.

- Quienes ocultan la esterilidad con dolo son pasibles de la nulidad del matrimonio.
- Quienes se casan en una edad en la que no es posible concebir, y buscan cumplir con los restantes fines del matrimonio, constituyen una excepción.
- El Derecho no se rige por las excepciones sino por los principios.
- El hecho de que la esterilidad o la impotencia no sean causa de impedimento matrimonial responde al resguardo de la intimidad familiar, intimidad que no necesita resguardarse en el homosexualismo, porque explícitamente se sabe que existe imposibilidad de concebir.

Una cosa es que se les reconozca el *ius connubii* a los impotentes y a los estériles, y otra cosa es que la regulación del matrimonio no presuponga y opere sobre la base del modelo matrimonial como una unión estable entre un hombre y una mujer. Todo lo expuesto no es arbitrario, sino que responde a la idea de asegurar la estabilidad social y el recambio y educación de las generaciones<sup>57</sup>.

Por su parte, D'Agostino dice: "La intuición según la cual el matrimonio está en el fundamento de la familia, esto es, la célula fundamental de la sociedad se basa sobre la percepción, si se quiere implícita, de que el matrimonio posee una propia finalidad estructural, esto, es la reglamentación del ejercicio de la sensualidad con la finalidad de garantizar el orden de las generaciones, y esta finalidad no es un dato condicionado culturalmente, o que haya emergido en el curso de la historia, sino que es un principio que caracteriza constitutivamente el ser del hombre. En cuanto seres sexuados, los hombres procrean no diversamente de los animales; pero en cuanto propiamente seres humanos, devienen marido y mujer, padre y madre, hijo e hija, adquieren entonces la

<sup>57</sup> DE VERDA Y BEAMONDE, ob. cit., p. 683.

propia identidad, gracias a la asunción de roles familiares, hecha posible por esa extraordinaria estructura antropológica que es el matrimonio.

”La analogía entre convivencia homosexual y matrimonio es falaz. Constitutivamente (y no accidentalmente) estéril, la relación homosexual no puede reivindicar una auténtica pretensión mimetizadora en relación con las relaciones heterosexuales (que puede ser estéril de hecho, por voluntad de las partes, a causa de su edad, o por factores patológicos, pero que no es estéril de principio). Esta pretensión es por lo tanto objetivamente infundada cualesquiera que puedan ser las razones subjetivas (que pueden ser incluso merecedoras de profundo respeto) que inducen a hacerla surgir: basta ello para que el jurista califique la comunicatividad de una relación homosexual jurídicamente irrelevante y por lo tanto no formalizable”<sup>58</sup>.

#### 9. *Las parejas homosexuales no pueden cumplir con la totalidad de los fines del matrimonio*

Aunque asimilemos la unión homosexual a la heterosexual estéril, y dijésemos que, en tanto son similares, si los segundos pueden casarse pueden casarse los primeros, nos enfrentaríamos con otros escollos<sup>59</sup>.

La cuestión está en que no sólo no pueden procrear, sino que tampoco pueden educar hijos brindando una imagen paterna y materna diferenciada, que es lo óptimo que requiere un niño. Puede que un niño se forme bien en una familia monoparental. Pero lo que no está probado para el interés del menor es que sea óptimo que tenga dos padres o dos madres.

Por lo tanto, la unión homosexual no puede cumplir con el rol de educación de la prole, ni de transmisión de valores culturales. Ello así, sólo puede cumplir con la autosatisfacción de sus participantes, y con el auxilio entre ellos. Esto no basta para constituir la unión en matrimonio, salvo que:

- a) Cambiemos el concepto del matrimonio;

<sup>58</sup> D'AGOSTINO, ob. cit., p. 199.

<sup>59</sup> Santiago Legarre sostiene que la aceptación de las uniones homosexuales afectarían a la ecología moral de la sociedad (*Orientación sexual y Derecho* cit., p. 1123).

- b) cambiemos los fines del matrimonio;
- c) transformemos el matrimonio en un instituto diferente.

Si ello ocurre habrá que variar todo el régimen de protección del matrimonio porque el régimen actual está pensado sobre la base de un instituto que es la unión de un hombre y una mujer, que tiene entre sus fines la procreación y la educación de la prole, y entre sus requisitos la diversidad de sexo.

Evidentemente, si los homosexuales pudieran casarse el matrimonio conceptualmente dejaría de ser lo que es, sus fines serían otros y lógicamente el Estado tendría una diferente protección ante él, puesto que dejaría de ser la célula básica de la sociedad.

#### 10. *La falacia del hambre como argumento insustentable*

Podría sostenerse que el crecimiento poblacional debe ser detenido para evitar el problema del hambre y que en tal sentido, resulta una buena política privilegiar las uniones homosexuales, dado que ellas son estériles por naturaleza.

Entendemos que este argumento es inaceptable desde todo punto de vista y que, en este aspecto, “la ingenuidad de los planificadores estratégicos es patética y confiesa, de paso, una voluntad de dominio de la decisión sobre la vitalidad de la existencia que algún día causará gracia y espanto”<sup>60</sup>.

#### 11. *Equiparar el matrimonio a las uniones homosexuales es asimilar lo que no resulta asimilable*

Creemos que equiparar las uniones homosexuales al matrimonio es asimilar lo que no resulta asimilable.

Entendemos que el jurista que se sume a esta posición se encontrará en una situación incómoda<sup>61</sup>. En una sociedad como la contemporánea,

<sup>60</sup> HERRENDORF, *Los derechos humanos...* cit., p. 80.

<sup>61</sup> Ciento sesenta y tres profesores de Derecho de diferentes países del mundo emitieron “una declaración sobre la definición de matrimonio realizada por profesores de Derecho de alrededor del mundo en el marco de un Congreso realizado en la Facultad de Derecho del King’s College de Londres sosteniendo que el matrimonio es la unión entre un hombre y una mujer, y que redefinir el matrimonio con el propósito de incluir las uniones homosexuales introduciría una confusión moral, social

que se ha liberado de los pesados (y en la mayor parte de los casos infundados) prejuicios seculares contra la homosexualidad, hasta el punto paradójico de banalizarla; en una sociedad que ha marginado la ética, que ha abandonado la idea de que existen pecados *contra natura* y que busca elaborar una interpretación de la sexualidad como de un inocente instinto polimórfico; en una sociedad que ha devenido hipersensible y reactiva respecto de cada forma de criminalización social que no tenga una justificación explícitamente económica, parece que el único *no* en relación a la homosexualidad debe decirlo el jurista. Por lo tanto, no hay que maravillarse demasiado si muchos juristas rechazan asumir este precio, y por ello asumen una actitud prudente y expectante.

Sin embargo, entendemos que la obligación del jurista es ésta, que no puede evadirla, y que debe expedirse. Estamos convencidos de que las uniones homosexuales no se pueden equiparar al matrimonio, que ello constituye una ilusión. Un Derecho que sepa reaccionar contra esta ilusión no es un Derecho insensible o cruel; es simplemente un Derecho que sabe ser fiel a la verdad objetiva de las cosas y al fin intrínseco de los institutos.

#### **IV. Inconstitucionalidad de la ley que permita el matrimonio homosexual**

En el punto anterior creemos haber demostrado que no existen razones válidas que justifiquen un cambio de legislación que permita el matrimonio homosexual. Esto nos convence de que una reforma legislativa que permitiera el casamiento de personas de igual sexo no pasaría el test de constitucionalidad por ser irrazonable.

y legal sin precedentes y no constituiría un progreso en la causa de la libertad, la igualdad, la justicia y los derechos humanos, y fueron calificados por los demás miembros del Congreso de *dogmáticos, incompetentes e ignorantes* del desarrollo del reconocimiento legal de las parejas homosexuales estables. También fueron considerados *antiintelectuales* y no transmisores de conocimientos verdaderos a sus estudiantes. Creemos haber probado en nuestra tesis que no somos ignorantes del reconocimiento legal de los derechos de las parejas homosexuales, y deseamos haber demostrado que no tenemos una posición antiintelectual ni incompetente, aunque defendamos una posición tradicional.

Estamos convencidos de que si se dictara una norma positiva que otorgara el derecho a casarse a personas de igual sexo sería inconstitucional porque:

1. Iría contra los instrumentos internacionales que reservan el derecho al matrimonio a las personas de diferente sexo (supra Cap. IV, punto II, 1).
2. Violaría la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño porque permitir el matrimonio homosexual conlleva otorgar el derecho a la adopción y el acceso a las técnicas de fecundación asistida, y esto atenta contra el interés superior del menor, como lo hemos explicado en este mismo capítulo (punto III, 7).